

Behov for beskyttelse mot forfølgelse på grunn av seksuell orientering



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 711
Leveringsfrist: 25.4.2012

Til sammen 15202 ord

17.10.2012

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Oppgavens tema	1
1.2	Begrepsavklaring	2
<u>2</u>	<u>RETTSKILDEBILDET OG ENKELTE METODESPØRSMÅL</u>	<u>2</u>
2.1	Innledning	2
2.2	Internasjonale kilder	2
2.2.1	Innledning	2
2.2.2	Traktater	3
2.2.3	Sedvaneretten	7
2.2.4	Soft law	8
2.2.5	Overordnede tolkningsprinsipper	9
2.2.6	Andre lands retts og forvaltningspraksis	11
2.3	Nasjonale kilder	12
2.3.1	Grunnlov	12
2.3.2	Lov	12
2.3.3	Forarbeider	13
2.3.4	Rettspraksis	13
2.3.5	Forvaltningens praksis og dokumenter	14
2.4	Forholdet mellom nasjonale og internasjonale kilder.	15
<u>3</u>	<u>SENTRALE VILKÅR FOR ASYL I NORSK RETT</u>	<u>16</u>
3.1	To asylgrunnlag	16
3.2	Rettsvirkninger	18
<u>4</u>	<u>NÅR REGNES EN SØKER FOR Å VÆRE HOMOFIL</u>	<u>19</u>

4.1	Bevistema	19
4.2	Fri bevisføring	19
4.3	Fri bevisvurdering	20
4.4	Beviskrav	21
<u>5</u>	<u>NÆRMERE OM VILKÅRET ”UTLENDING I NORGE”</u>	<u>22</u>
<u>6</u>	<u>NÆRMERE OM KRAV TIL BESKYTTELSESBEHOV</u>	<u>23</u>
<u>7</u>	<u>NÆRMERE OM KRAVET TIL KONVENSJONSGRUNNLAG</u>	<u>25</u>
7.1	Kravet til årsakssammenheng	25
7.2	Nærmere om hva seksuell orientering er	26
<u>8</u>	<u>NÆRMERE OM KRAVET TIL FORFØLGELSE</u>	<u>30</u>
8.1	Generelt om begrepet forfølgelse	30
8.2	Særlig om forfølgelse av homofile	32
<u>9</u>	<u>NÆRMERE OM KRAVET TIL VELBEGRUNNET FRYKT</u>	<u>36</u>
9.1	Innledning	36
9.2	Risikokravet	36
9.2.1	Tilstrekkelig faregrad	36
9.2.2	En helhetlig og konkret vurdering	38
9.3	Nærmere om endringer i risikovurderingen i relasjon til homofile	40
9.3.1	Innledende om endringene	40
9.3.2	Hvordan søkeren vil leve ved retur	41
9.3.3	Spørsmål om det er plikt til å leve diskret for å unngå forfølgelse	42
9.3.4	Søkeren ønsker selv å skjule seksuelle identitet	44
9.4	Sammenfatning av prosedyren	48

<u>10</u>	<u>AVSLUTTENDE BETRAKTNINGER OM ÅRSAKER OG VIRKNINGER AV ENDRINGEN</u>	<u>49</u>
<u>11</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>51</u>

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema

Hvert år kommer det mennesker til Norge som søker asyl og oppgir frykt for forfølgelse på grunn av seksuell orientering som grunn for beskyttelsesbehovet. I perioden fra 01.01.2009 til 01.03.2011 var det registrert 52 saker hos UDI som gjaldt forfølgelse på grunn av seksuell orientering. Elleve av disse søknadene ble innvilget.¹ I UNEs praksisbase for 2010 til og med mars 2011, er det 21 vedtak som gjaldt frykt for forfølgelse på grunn av seksuell orientering. I seks saker ble klagen tatt til følge. To avgjørelser fra UDI ble delvis omgjort.²

Avhandlingen tar sikte på å gi en rettsdogmatisk fremstilling av reglene knyttet til utlendingers adgang til opphold i form av asyl i Norge, når det anførte asylgrunnlaget er frykt for forfølgelse på grunn av seksuell orientering. Prosedyren for denne fremstillingen er å utlede de sentrale vilkårene for asyl og tolke det nærmere innholdet i disse. Det har i den siste tiden skjedd en endring i vurderingen av beskyttelsesbehovet. Derfor er det særlig interessant nå å gi en redegjørelse for dette problemfeltet. Disse endringene står i sammenheng med en utvikling i forståelsen av seksuell orientering og hva dette betyr for personers identitet og livsutfoldelse. Denne viktige diskusjonen tas opp i avhandlingens siste del, da særlig kapittel 7, 8 og 9.

Avhandlingens tema avgrenses mot utlendingslovens og flyktningkonvensjonen utelukkelses- og opphørsklausuler. Opphold på humanitært grunnlag vil heller ikke diskuteres nærmere.

¹ UDIs praksisforeleggelse (2011) side 7

² UDIs praksisforeleggelse (2011) side 11

1.2 Begrepsavklaring

Den tekniske termen ”lgbt-personer” står for, lesbiske, homofile, bifile og transpersoner og benyttes gjerne i offentlige dokumenter som gjelder disse sakene. Begrepene som er brukt i denne avhandlingen, homofile og homofili, og de mer generelle betegnelse seksuell orientering og seksuell identitet faller inn under dette tekniske begrepet. Innholdet i disse begrepene er nærmere redegjort for i kapittel 7.2.

2 Rettskildebildet og enkelte metodespørsmål

2.1 Innledning

Flyktningretten er tett knyttet opp til folkeretten. Rettskildene er mange og de er av ulik karakter. Både nasjonal lovgivning, internasjonale traktater, folkerettslig sedvanerett og soft law relevante kilder i flyktningretten.³ Dette skaper metodemessige utfordringer ved anvendelsen av regelverket, og det er derfor nødvendig med en gjennomgang av de relevante kildene.

At enkelte kilder ikke er behandlet nærmere i kapittel 2 (for eksempel reelle hensyn), betyr ikke at de ikke er relevante, kun at det ikke er noe særlig å bemerke om deres anvendelse i denne sammenheng, utover det som følger av alminnelig rettskildelære.

2.2 Internasjonale kilder

2.2.1 Innledning

Med internasjonal rett, eller folkerett, menes regler som er bindende stater i mellom.⁴

Det er i hovedsak stater som er rettssubjekter etter folkeretten, men i de senere årene har utviklingen gått i retning av at også personer og organisasjoner kan være subjekter. Det innebærer at de både kan holde stater til ansvar eller, bli holdt til ansvar selv på

³ NOU 2004:20 kapittel 4.1

⁴ Ruud og Ulfstein (2006) side 19.

grunnlag av folkeretten. Reglene kan være av regional eller global art, og de kan være skrevne og uskrevne.

I følge *Statute of The International Court of Justice* (ICJ statuttene) av 1945, er traktater, sedvanerett, anerkjente overordnede rettsgrunnsetninger, rettslig teori og rettspraksis de mest sentrale kildene i folkeretten, jf artikkel 38 første ledd bokstav a) til d). Bestemmelsen er i utgangspunktet bindende for den internasjonale domstols rettsanvendelse, men er ansett for å reflektere gjeldende folkerettslig rettskildelære.

2.2.2 Traktater

Traktater, også kalt konvensjoner, charter, statutter eller avtaler, er en sentral kilde i folkeretten.⁵ Med ”traktat” menes bindende avtaler som er inngått mellom stater eller internasjonale organisasjoner. I utgangspunktet er det kun de tilsluttede stater som er bundet av innholdet i en konvensjon. Er en konvensjonen en kodifisering av regler som er ansett for å være folkerettslig sedvanerett,⁶ kan de samme reglene som fremstilles i konvensjonen også være gjeldende for stater som ikke har sluttet seg til denne, da med sedvanerett, og ikke konvensjonen, som rettslig grunnlag.

Konvensjonene spiller på mange måter samme rolle internasjonalt som lovregler gjør nasjonalt. En vesentlig forskjell er at man på det nasjonale plan har en lovgivningsmyndighet som beslutter hvilke regler som skal gjelde for rettssubjektene, i hovedsak innbyggerne, med virkning overfor dem uavhengig av det enkelte subjekts tilslutning. I det internasjonale systemet finnes det ikke en overordnet myndighet med tilsvarende kompetanse. Reglene blir bindende ved at subjektene, statene, selv anser seg som eller selv beslutter å være bundet. Dette har sitt grunnlag i det anerkjente prinsippet om staters suverenitet.⁷ En annen side av denne horisontale organiseringen er at det ikke finnes noen tvangsmyndighet. Flere konvensjoner har traktatfestet egne håndhevingsorganer, kontrollorganer, klageorganer og liknende, hvor organets

⁵ Jf ICJ statuttene artikkel 38 (1) (a).

⁶ Jf kapittel 2.2.3

⁷ Ruud og Ulfstein (2006) side 71.

beslutninger er mer eller mindre bindende for medlemsstatene, avhengig av hva man har bestemt i traktaten og avhengig av hva slags beslutning som fattes. Men selv om de ”dommene” eller ”anbefalingene” organet fatter er bindende for statene eller staten, er det kun staten selv som kan stå for effektueringen.⁸

Konvensjoner har ulikt opphav og formål, noen er av politisk art mens andre er ment å være rettslig bindende,⁹ slik at deres vekt seg i mellom vil variere og må vurderes konkret. Om og i tilfellet hvordan konvensjonen er inntatt i nasjonal lovgivning vil også variere slik at også vekten i forhold til øvrig nasjonal lovgivning vil være ulik og må vurderes i hvert enkelt tilfelle.

Reglene for tolkning av skriftlige konvensjoner er fastsatt i *Wien-konvensjonen om traktatretten*, av 23. mai 1969. Norge er ikke tilsluttet konvensjonen, men i og med at den ansees for å kodifisere gjeldende folkerettslig sedvanerett, er innholdet også gjeldende for Norge. De viktigste føringene som fremkommer er at man skal tolke traktater i god tro, med utgangspunkt i traktatens ordlyd, som igjen skal tolkes i lys av traktatens formål, jf artikkel 31 nr 1. Dessuten kan blant annet også øvrige avtaler mellom partene og etterfølgende ensartet statspraksis være relevante tolkningsfaktorer, jf artikkel 31 nr. 3 b).

Et relevant dokument på asylrettens område er *FNs verdenserklæring om menneskerettigheter*, av 10.12.1948, (FNs menneskerettighetserklæring), som inneholder en beskrivelse og definering av universelle menneskerettigheter som ansees for å være universelle, her i blant, retten til å søke om asyl, jf artikkel 14 nr.1. Dokumentet er mer som en erklæring eller et politisk dokument enn å regne for en konvensjon. Selv om erklæringen ikke er juridisk bindende er den relevant å nevne fordi dens prinsipper i ettertid er videreført i konvensjoner som er det, og de mest sentrale rettighetene har undertiden fått status som gjeldende sedvanerett, og de mest sentrale regnes for å være jus cogens.¹⁰

⁸ Med et eventuelt unntak for ”humanitære intervensjoner”.

⁹ Ruud og Ulfstein (2006) side 73.

¹⁰ Jf kapittel 2.2.3

FN har etter andre verdenskrig vært den største og mest respekterte internasjonale organisasjonen i verdenssamfunnet, med 192 land representert. Gjennom utarbeidelse av konvensjoner og utbygning av underorganisasjoner har FN som institusjon opparbeidet seg solid kunnskap og kompetanse på menneskerettighetenes område. FNs konvensjoner og organenes rapporter er, på grunn av denne kompetansen og på grunn av den brede tilslutning, respektert og vektet tungt i folkeretten.

I relasjon til flyktningretten er *FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter* 16.12.1966 (SP), *FNs konvensjon om barnets rettigheter* av 1989 (BK) og *FNs konvensjon mot tortur og annen grusom, umenneskelig og fornedrende behandling eller straff* av 1984 (TK) relevante. Blant annet fordi de menneskerettighetene som fremkommer der dammer grunnlag og utgangspunkter for å vurdere hva som ligger i forfølgelsesbegrepet.¹¹

Den mest sentrale traktaten på asylrettens område er *Konvensjon om flyktningers rettslige stilling* av 1951 (flyktningkonvensjonen). Flyktningkonvensjonen inneholder i hovedsak vilkårene for anerkjennelse som flyktning internasjonalt, og reglene om deres rettigheter og plikter under opphold i søkerlandet, og flyktningers vern mot tilbakesendelse til hjemland ved fare for forfølgelse. Konvensjonen er ratifisert av over 140 land, herunder Norge, og har således stor internasjonal utbredelse.

Flyktningkonvensjonen av 1951 gjaldt i utgangspunktet kun for personer som var flyktninger som følge av situasjoner skjedd før 1. januar 1951 jf artikkel 1 B (1). Med *Protokoll til konvensjonen om flyktningers stilling*, av 31. januar 1967 (tilleggsprotokollen av 1967) falt denne begrensningen bort, jf artikkel 1 nr 2.

Flyktningkonvensjonen er sentral i norsk asylrett. Utlendingslovens regler om beskyttelse bygger i stor grad på konvensjonens bestemmelser. Utlendingsloven § 28 (1) bokstav a) er en gjengivelse av flyktningkonvensjonens flyktningdefinisjon, og bestemmelsen henviser direkte til konvensjonens definisjon i artikkel 1 A. Flyktningkonvensjonens returforbud, jf artikkel 33, er inntatt i utlendingsloven § 73 (1).

¹¹ Jf kapittel 8

At konvensjonen er sentral er også gjentatt flere ganger i forarbeidene til utlendingsloven.¹²

Som nevnt over, kan konvensjoner ha håndhevingsorganer for overprøving av myndighetenes anvendelse av reglene. Det er ikke gitt mulighet for individklagerett etter flyktningkonvensjonen, men det finnes et overvåkningsorgan. *United Nations High Commissioner for Refugees* (UNHCR) som ble en integrert del av FN systemet i 1949.

Flyktningkonvensjonens medlemsland er forpliktet til å samarbeide med UNHCR, jf konvensjonens artikkel 35. Denne plikten er i norsk rett nedfelt i utlendingsloven § 98. Statene skal lette kontrollorganets oppgave med å overvåke anvendelsen av konvensjonen ved å gi organet de opplysninger de trenger. Som en del av sitt arbeid formulerer UNHCR generelle retningslinjer om tolkning av konvensjonen, såkalte *Guidelines on International Protection*, og landsspesifikke anbefalinger om flyktnings situasjon eller enkelte lands lovregulering. Den mest sentrale av de generelle anbefalingene er en håndbok for anvendelsen av flyktningkonvensjonen, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees* (Håndboken). Den første utgaven kom i 1979.¹³

Tolkningsveiledninger og anbefalinger er å regne som ”*soft law*”, og vil derfor presenteres nærmere i kapittel 2.2.4.

Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon (EMK) av 4. november 1950, ratifisert av Norge i 1953¹⁴. Konvensjonen har som mål å beskytte menneskerettighetene, og har vært og er sentral i norsk og europeisk rett, mye på grunn av at konvensjonen i 1959 etablerte en håndhevingsmekanisme, den *Europeiske menneskerettighets domstol* (EMD). Alle mennesker som er omfattet av konvensjonen kan, etter å ha uttømt alle nasjonale rettsmidler, fremme sin klage direkte fremfor domstolen dersom han mener at

¹² NOU 2004:20 kapittel 6.1

¹³ UNHCRs håndbok, forord, kapittel IV

¹⁴ Ruud og Ulfstein (2006) side 242.

hans rettigheter etter konvensjonen er blitt krenket av en av medlemsstatene. Europarådets ministerkomité holder oppsyn med etterlevelsen av domstolens avgjørelser. Konvensjonen anvendes også av de nasjonale domstolene, og i denne forbindelse er det verd å merke at de nasjonale domstolene må benytte samme tolkningsmetode av EMK som EMD, og medlemsstatene følger domstolens rettsutvikling.

EU direktivet *Om fastsettelse af minimumsstandarder for anerkendelse af tredjelandssstatsborgere eller statsløse som flygtninge eller som personer, der af anden grund behøver international beskyttelse, og indholdet af en sådan beskyttelse* (Statusdirektivet) av 29. april 2004, er en del av den EUs felles reglement for flyktningretten. Det inneholder regler for hvem som skal anerkjennes som flyktning, og er et ledd i arbeidet med å samordne reglene for beskyttelse i medlemslandene, noe som ble nødvendig ved opphevelsen av de indre grenser og oppbyggingen av en felles ytre grense gjennom *Schengen-avtalen* av 1985. Norge er ikke bundet av dette direktivet, men ble i 1996 medlem av Schengen-avtalen og er derfor tett knyttet til europeisk asylopolitikk og reglement. Norge er også forpliktet av *Forordning 343/2003/EF* (Dublin II forordningen) av 2003, som inneholder bestemmelser om hvilket land innenfor Schengen-området som er ansvarlig for behandlingen av personers søknad om beskyttelse. Statusdirektivet er basert på innholdet i Flyktningkonvensjonen og har tjent til inspirasjon for utforming av utlendingsloven §§ 29 og 30.¹⁵

2.2.3 Sedvaneretten

Sedvanerett er en sentral folkerettslig kilde. ICJ statuttene definerer sedvanerett som:

”...general practice accepted as law”.¹⁶

Det er altså en norm som praktiseres konsekvent, over tid og som rettssubjektene anser seg bundet av. For at en regel skal bli gjeldende folkerett slik at stater blir sedvanerettslig forpliktet av den, må statene mene at de er bundet (*opinio juris*), og et

¹⁵ Jf Ot. prp (2006-2007) nr. 75 side 73.

¹⁶ Jf artikkel 38 (1) b)

tilstrekkelig antall stater må ha ment dette over en viss tid. Sedvaneretten er derfor typisk uskreven, men er ofte nedfelt eller kodifisert i traktater, eller har sitt opphav i en avtale. Et eksempel på en nedfelt sedvanerettsregel i flyktningretten er prinsippet om ”non refoulment” som finnes i flyktningkonvensjonen artikkel 33.¹⁷

Noen sedvanerettsregler har status som *jus cogens*, det betyr at de er så grunnleggende at de ikke kan fravikes i avtale, jf Wien-konvensjonen om traktatretten artikkel 53. Det er gjerne de menneskerettigheter som er mest sentrale eller grunnleggende, som for eksempel torturforbudet, som er av denne trinnhøyden.

På flyktningrettens område er blant annet retten til å søke om asyl, torturforbudet og returforbudet de mest sentrale folkerettslige sedvane regler.¹⁸ Sedvaneretten er likevel relevant, fordi regler og prinsippers rekkevidde kan endres over tid. Et eksempel på en slik utvikling er torturforbudet som undertiden har fått et ekstraterritorielt anvendelsesområde, slik at det nå er gjeldende folkerettslig sedvanerett at å sende personer til land hvor de risikerer tortur er et brudd på torturforbudet.¹⁹

2.2.4 Soft law

Med ”*soft law*” menes anbefalinger, erklæringer eller tolkningsveiledninger utgitt av internasjonale organisasjoner. Disse er ikke rettslig bindende i seg selv, men har betydning som tolkningsinstrumenter. Soft law er ikke tatt inn i ICJs statutters liste over rettskilder. De kan likevel få indirekte betydning gjennom traktater, de kan anses å være uttrykk for folkerettslig sedvanerett, eller danne grunnlag for fremtidig sedvanerett²⁰.

Som nevnt overfor utgir UNHCR retningslinjer og anbefalinger som en del av sitt overvåkningsarbeid. Retningslinjene er altså ikke rettslig bindende for medlemsstatene, men de er, og da særlig Håndboken, likevel ansett for å være av betydelig vekt i den internasjonale flyktningretten.

¹⁷ NOU 2004:20 kapittel 4.3.1

¹⁸ NOU 2004:20 kapittel 4.1

¹⁹ NOU 2004:20 kapittel 4.3.2.3

²⁰ Ruud og Ulfstein (2006) side 26.

Det samme gjelder i norsk flyktningrett. I følge forarbeidene til utlendingsloven skal både Håndboken og de øvrige uttalelsene fra UNHCR veie tungt ved tolkningen av reglene om anerkjennelse av flyktninger, fordi de anses for å være uttrykk for gjeldende folkerett.²¹ UNHCR var en av høringsinstansene²² under arbeidet med ny utlendingslov og deres uttalelser og kommentarer er gjengitt på flere steder i forarbeidene til loven.²³

Det er særegent for flyktningretten at denne typen rettskilde er så sentral og vektes så tungt. Årsaken til at forarbeidene gir en slik anvisning, kan være å søke å sikre at norsk praksis er i tråd med den til enhver tid gjeldende folkerett, og retningslinjene søker å oppdatere hvordan flyktningkonvensjonen er å forstå. En annen forklaring kan være at behandling av flyktninger et internasjonalt anliggende, slik at man er avhengig av en slags global oversikt for å kunne gjøre riktige og fornuftige vurderinger, og derfor har behov for samarbeid mellom statene. UNHCR innehar en slik faglig kompetanse, som i tillegg styrkes videre av å være en integrert del av FN-systemet, en organisasjon som har over 60 år med erfaring med flyktningsspørsmål.²⁴ Anbefalingene er også gjort på bakgrunn av de kontraherende staters praksis og samarbeid, forskning og diskusjoner med UNHCR, noe som også er med på å styrke retningslinjenes rettskildemessige kvalitet.²⁵

Det er samtidig verd å merke at anbefalingene er generelt utformet, noe man må ta hensyn til ved rettsanvendelsen.²⁶

2.2.5 Overordnede tolkningsprinsipper

I folkeretten er anerkjente rettslige prinsipper en relevant kilde, jf ICJ statutter artikkel 38 (1) (c). Dette er prinsipper som er alminnelig utbredt i et lands nasjonale rett.²⁷ Disse

²¹ Ot. prp nr. 75 (2006-2007) kapittel 5.1.7

²² Ot. prp nr. 75 (2006-2007) kapittel 2.2.1

²³ Eks Ot. prp (2006-2007) nr. 75 side 73

²⁴ Vevstad (2010) side 170.

²⁵ UNHCR håndbok, forord, kapittel V

²⁶ Ot prp nr 75 (2006-2007) kapittel 5.1.6

kan anvendes som tolkningsmomenter der traktat og sedvanerett ikke gir en klar løsning.²⁸ På flyktningrettens område er det seks rettprinsipper som er internasjonalt anerkjent.²⁹

Et overordnet prinsipp på flyktningrettens område er *komplementærprinsippet*.³⁰ Prinsippet innebærer at den regelen som er til størst fordel for søkeren skal anvendes. Prinsippet er nedfelt i Flyktningkonvensjonen artikkel 5 og for øvrig utlendingsloven § 3 som sier at loven skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse styrker individets stilling.

Et annet overordnet prinsipp er *tvilfordelsprinsippet*. Dersom det er tvil med hensyn til søkerens behov for beskyttelse, skal tvilen komme vedkommende til gode, forutsatt at det er en plausibel forklaring for årsaken for at det foreligger tvil, og søkeren generelt fremstår som troverdig.³¹ Prinsippet er inntatt i Håndboken³²

Et tredje overordnet prinsipp er *overvektsprinsippet*. Dette innebærer at det mest sannsynlige faktum legges til grunn. Prinsippet kommer til anvendelse i de tilfeller hvor søkeren ikke blir gitt tvilfordelen ved fremleggelsen beskyttelsesgrunnlaget. Det er lagt til grunn i Håndboken og av UNEs Stornemnd.³³

Et fjerde overordnet prinsipp er *faregradsprinsippet*. Ved fare for forfølgelse ved retur skal det fastsettes en terskel for hvor stor eller aktuell fare som må til for å utløse beskyttelseskrav. Terskelen må defineres på en måte som best mulig ivaretar beskyttelsesformålet i flyktningretten, og hvor den settes kan derfor variere.³⁴

²⁷ Ruud og Ulfstein (2006) side 80

²⁸ Ruud og Ulfstein (2006) side 80

²⁹ Vevstad (2010) side 161

³⁰ Vevstad (2010) side 161

³¹ Vevstad (2010) side 161

³² Håndboken punkt 203-204.

³³ Vevstad (2010) side 162

³⁴ Vevstad (2010) side 162

Et femte overordnet prinsipp er *kumulasjonsprinsippet*. Prinsippet medfører at gjentatte mindre alvorlige hendelser kan sammen utgjøre forfølgelse. Det innebærer videre at man ved vurderingen av en søknad skal ta alle relevante faktorer i betraktning. Både generelle risikofaktorer i hjemlandet og spesielle forhold som kun gjelder søkeren eller en mindre krets av personer.³⁵ Prinsippet er nedfelt i utlendingsloven § 29 (1) b).

Det siste prinsippet er *proporsjonalitetsprinsippet*. I flyktningretten er prinsippet anvendt i to anledninger. For det første ved vurderingen av hvor stor risiko for forfølgelse ved retur til hjemlandet må til for at beskyttelsesretten skal utløses. Når man anvender proporsjonalitetsprinsippet ved denne vurderingen innebærer det at jo mer alvorlig krenkelsen en risikerer å bli utsatt for er, dess mindre risiko for krenkelse aksepteres i relasjon til lovligheten av retur.³⁶ For det andre er prinsippet relevant ved vurderingen av søkerens fremlagte faktum som grunnlag for asyl. Dersom risikoen for forfølgelse er høy om faktum stemmer, skal tvil om dette komme søkeren til gode.³⁷ At prinsippet er relevant fremkommer i utlendingslovens forarbeider.³⁸

2.2.6 Andre lands retts og forvaltningspraksis

Andre lands praktisering og tolkning av flyktningretten er en relevant folkerettslig kilde. Fordi slik praksis for det første kan være med på å danne grunnlag for fremtidig folkerett, og for det andre kan praksis gi uttrykk for gjeldende rett, jf Wien-konvensjonen om traktatretten artikkel 31 nr. 3 b). I relasjon til avhandlingens tema, er den britiske høyesterettsdommen "*HJ (Iran) og HT (Cameroon) v Secretary of State for the Home Department (UKSC 31)*", av 7. juli 2010, av særlig interesse. Et samlet bilde av lands praktisering og forståelse av flyktningkonvensjonens innhold, vil også bli sett hen til i denne avhandlings kapittel 9.

³⁵ Vevstad (2010) side 163

³⁶ Vevstad (2010) side 163

³⁷ Vevstad (2010) side 164

³⁸ Jf Ot prp nr 75 (2006-2007) side 95 og 414.

2.3 Nasjonale kilder

2.3.1 Grunnlov

Kongeriget Norges Grundlov av 17. mai 1814 har ingen bestemmelser som retter seg direkte mot asylinstituttet, men den pålegger statens myndigheter å generelt respektere og sikre menneskerettigheter generelt jf § 110 c. Retten til å søke om beskyttelse er en menneskerettighet. Flere av menneskerettighetene er derfor blitt inkorporert i lovgivningen, hvor den mest sentrale er Menneskerettighetsloven.³⁹

2.3.2 Lov

Den sentrale loven på flyktningrettens område er *Lov av om utlendingers adgang til riket og deres opphold her* (utlendingsloven) av 15. mai 2008 nr. 35, som trådte i kraft 24. desember 2010, med forskrift (utlendingsforskriften) av 15. oktober 2009 nr 1286. Loven tok over for utlendingsloven av 1988 og er i følge forarbeidene⁴⁰ ment i hovedsak å videreføre gjeldende rett på asylrettens område, med noen justeringer og presiseringer. Praksis og teori som skriver seg fra før 2010 er derfor fortsatt relevant.

Formålet med utlendingsloven er å angi grunnlaget for reguleringen av utlendingers opphold i riket i tråd med norsk innvandringspolitikk og internasjonale forpliktelser, jf § 1. Loven skal ivareta utlendingers rettssikkerhet i Norge, og skal sørge for en human asylopolitikk.⁴¹

Det er lovens kapittel 4 ”Beskyttelse”, kapittel 9 ”Absolutt vern mot utsendelse” og kapittel 11 del II ”Særskilte regler for søknader om beskyttelse”, som er grunnlaget for norske myndigheters behandling av søknader om asyl, og som derfor vil være de mest sentrale kapitlene i nærværende oppgave.

Plikten til å sikre menneskerettighetene er gjennomført med *Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett* (menneskerettsloven) av 21. mai 1999.

³⁹ Jf kapittel 2.3.2

⁴⁰ NOU 2004:20 kapittel 2.2.2

⁴¹ Ot prp nr. 75 kapittel 5 del 1.3

Denne inkorporerer fem viktige menneskerettighetskonvensjoner med tilleggsprotokoller, SP, FNs konvensjon om økonomiske og sosiale rettigheter av 1966, EMK, BK og FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner, av 1979 med tileggsprotokoll av 1999, jf menneskerettighetsloven § 2. FNs menneskerettighetserklæring er ikke inntatt i loven, men de rettighetene og prinsippene den gir uttrykk for er ivaretatt gjennom de nevnte konvensjonene. Konvensjonene skal gjelde som norsk lov så langt de er bindende for Norge. I tillegg skal bestemmelsene i konvensjonene ha forrang fremfor andre lovregler, jf § 3.

2.3.3 Forarbeider

De sentrale forarbeidene til utlendingsloven er NOU 2004:20 *Ny Utlendingslov*, særlig kapittel 6, Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) *Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)*, særlig kapittel 5 og Innst. O. nr. 42 (2007-2008) *Innstilling fra kommunal- og forvaltningskomiteen om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her*. Forarbeider er i følge de ulovfestede rettskildeprinsippene en kilde av stor vekt fordi de gir uttrykk for lovgivers vilje. Demokratihensyn tilsier således at disse bør følges. Siden utlendingsloven, og da også forarbeidene, er relativt nye, kan en gå ut fra at forarbeidene fortsatt er dekkende for lovgiverviljen, hvilket igjen har betydning for rettskildens vekt.

2.3.4 Rettspraksis

Domstolen kan prøve fullt ut om vilkårene for asyl er oppfylt. Underrettene har behandlet en rekke saker på utlendingsrettens område, men kun et fåtall av asylsaken har vært behandlet av Høyesterett. Rettspraksis er en sentral rettskildefaktor i juridisk metode men på flyktningrettens område må man dessuten ta i betraktning at norsk lov til enhver tid skal reflektere folkeretten. Siden folkeretten stadig er under utvikling vil eldre rettspraksis ikke nødvendigvis være i tråd med dagens rettstilstand. Det er særlig avgjørelsene HR-2012-00667-A, LB-2010-147688, RG 2002 side 1259 og RG 2002 side 125, som behandles i nærværende avhandling.

2.3.5 Forvaltningens praksis og dokumenter

Utlendingsdirektoratet (UDI) er det forvaltningsorgan som vurderer og avgjør de fleste søknader om asyl i første instans. Der politi og utenriksstasjoner har beslutningskompetanse etter utlendingsloven, er UDI klageinstans, jf utlendingsloven § 76 (1). Utlendingsnemnda (UNE) er klageinstans for UDIs vedtak, jf utlendingsloven § 76 (1). UNE er et uavhengig organ, og departementet har ikke anledning til å instruere UNE i enkeltsaker, eller diktere deres lovtolkning og skjønnsutøvelse, jf utlendingsloven § 77 jf 76 (2). UNE benytter ulike avgjørelsesformer avhengig av om saken synes å være klar eller om den vekker tvil, slik at saker behandles enten av sekretariatet, nemndsleder alene, nemndsamling eller stornemnd, med eller uten personlig fremmøte av søkeren jf utlendingsloven § 78. Lovmessigheten av UNEs vedtak kan overprøves av domstolene, jf utlendingsloven § 79. UDI og UNEs vedtak er i utgangspunktet kun bindende for vedkommende vedtaket retter seg mot, og er ikke å regne som selvstendig rettskilde. Vedtak fattet av UNEs stornemnd gir likevel presedensvirkninger for etterfølgende saksbehandling innad i forvaltningen.⁴² Videre kan det etablere seg en fast praksis i forvaltningsorganet som etter prinsippet om likebehandling og konsekvens innebærer at praksisen blir bindende. Dette vil i tilfellet kun ha virkning innad i forvaltningen. Utover forvaltningen vil praksisens vekt i forhold til andre faktorer være avhengig av hvor fast, varig og utbredt den er, og om den kommer fra et særlig kyndig organ på området.⁴³

Rundskriv fra departementet til underordnede forvaltningsorganer inneholder gjerne retningslinjer om hvordan lovbestemmelser skal forstås og hvilke hensyn som skal vektlegges. I relasjon til avhandlingens tema er *Justisdepartementets retningslinjer for kjønnsbasert forfølgelse*, AI-2009-105, av 1. januar 2010, verd å nevne, men slike etterarbeider vil i hovedsak være relevante for det underordnede forvaltningsorgans rettsanvendelse.

Brev fra forvaltningen til departementet, som *UDIs praksisforeleggelse etter utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a) – velbegrunnet frykt for forfølgelse på grunn*

⁴² Vevstad (2010) side 160.

⁴³ Eckhoff (2001) side 233.

av seksuell orientering og kjønnsidentitet. (10/1145-8/ELS.) Oslo, 02.09.2011, er ikke å betrakte som en rettskilde som sådan, men kan gi uttrykk for forvaltningspraksis.

2.4 Forholdet mellom nasjonale og internasjonale kilder.

Asylreglene i norsk rett er ment å være i overensstemmelse med internasjonal rett. Det er derfor nødvendig å kort beskrive samspillet mellom disse to regelsettene.

Når det gjelder innføringen av folkerett i nasjonal rett håndteres dette ulikt. Noen land følger det ”monistiske prinsipp”, hvor folkerettsregler får umiddelbar virkning i nasjonal rett. Norge følger det ”dualistiske prinsipp”. Det innebærer at folkerettsregelen først har virkning nasjonalt hvor myndighetene enten har inkorporert, transformert eller konstatert rettsharmoni. Konvensjoner som er tatt inn i norsk lov behandles således stort sett som de øvrige lovene.⁴⁴ Når det gjelder konvensjoner som ikke er inntatt i lovgivningen følger det av presumsjonsprinsippet, som modifierer det dualistiske prinsipp, at man skal ta utgangspunkt i at norske regler er i overensstemmelse med Norges folkerettslige forpliktelser, og norske lovregler skal tolkes på en slik måte at det ikke oppstår konflikt med folkerettslige forpliktelser.⁴⁵

På utlendingsrettens område har man valgt en slags mellomløsning, hvor det er fastsatt at utlendingsloven skal anvendes i tråd med *den til enhver tid gjeldende folkerett*, når dette er til fordel for individet jf utlendingsloven § 3. En slik løsning kalles sektormonisme eller delmonisme.⁴⁶ Formålet med en slik bestemmelse ønsket å få tydelig frem at internasjonale regler som Norge er bundet av skal ha direkte virkning i de tilfeller der regelens formål er å styrke individets stilling.⁴⁷

⁴⁴ Et unntak er for eksempel at norske domstoler skal anvende EMDs tolkningsmetode ved tolkningen av EMK.

⁴⁵ NOU 2004:20 kapittel 4.2

⁴⁶ NOU 2004:20 kapittel 4.2

⁴⁷ Ot. prp nr 75 (2006-200) kapittel 3.4.4

Utlendingsloven § 3 medfører også at om det skulle være tvil om en bestemmelses anvendelse, så skal man velge det tolkningsresultat som gjør at man unngår folkerettsbrudd.⁴⁸

Denne gjennomgangen av rettskildene danner grunnlaget for diskusjonen av asylgrunnlaget for forfølgelse på grunn av seksuell orientering i de følgende kapitlene, selv om ikke hver av kildene kommer utførlig til orde.

3 Sentrale vilkår for asyl i norsk rett

3.1 To asylgrunnlag

Utlendingsloven regulerer utlendingers adgang til og opphold i Norge. Det er to lovgrunnlag for asyl i form av oppholdstillatelse i norsk rett. Det første grunnlaget gjelder personer som oppfyller flyktningkonvensjonens definisjon av flyktning, jf utlendingsloven § 28 (1) a). Asylgrunnlaget er utdypet i utlendingsloven §§ 29-30. Det andre gjelder personer som er beskyttet av returforbudet, jf utlendingsloven § 28 (1) b). I det følgende belyses i korte trekk grunnlagenes vilkår, opphav, forhold til hverandre, og hvilke virkninger det har at en utlending anerkjennes som flyktning.

Det er fem sentrale kriterier for anerkjennelse som flyktning etter flyktningkonvensjonen, jf § 28 (1) a). For det første er det et krav om at man er utlending i Norge. Dette behandles nærmere i kapittel 5. For det andre må personen ha et beskyttelsesbehov, altså et krav om at det ikke er muligheter for beskyttelse i personens hjemland. Dette behandles nærmere i kapittel 6. For det tredje er det et krav at faren for overgrep har grunnlag i identitetstrekk ved personen som er omfattet av flyktningkonvensjonen. Dette behandles nærmere i kapittel 7. For det fjerde må de overgrep som personen risikerer å bli utsatt for omfattes av forfølgelsesbegrepet. Dette behandles nærmere i kapittel 8. For det femte er det et krav om frykten for forfølgelse er

⁴⁸ Jf Ot. prp (2006-2007) nr. 75 side 401.

velbegrunnet. Det må være tilstrekkelig grad av risiko for at frykten vil materialisere seg. Kravet behandles nærmere i kapittel 9.

Utlendinger som ikke faller inn under bokstav a), skal anerkjennes som flyktning dersom følgende fire vilkår er oppfylt, jf utlendingsloven § 28 (1) (b). Krav om at man er utlending i Norge, og krav om beskyttelsesbehov, gjelder som beskrevet i relasjon til flyktningkonvensjonens kriterier.⁴⁹ Videre må personen være i fare for å bli utsatt for dødsstraff, tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Til slutt er det et krav at faren må være reell, at det er tilstrekkelig høy risiko for at personen vil bli rammet av overgrepet ved retur.

Dette andre grunnlaget omfatter personer som har krav på beskyttelse etter Norges internasjonale forpliktelser. Det nærmere innholdet i asylkriteriet må altså finnes gjennom tolkning av menneskerettighetskonvensjoner⁵⁰ og det folkerettslige returforbudet, som beskrives nedenfor.

Grunnlagene har delvis overlappende og delvis selvstendige anvendelsesområder.⁵¹ Bokstav b) vil fange opp tilfeller hvor personer risikerer alvorlige overgrep, men hvor faren ikke har opphav i bestemte kjennetegn ved personen. Tilfeller hvor vedkommende risikerer å bli utsatt overgrep av mindre alvorlig karakter, kan omfattes av bokstav a), dersom kriteriet om grunnlaget for forfølgelse er oppfylt. Personer som får beskyttelse etter bokstav a) vil ofte også omfattes av bokstav b).

Risikokravet om at det må foreligge reell fare etter bokstav b), er i utgangspunktet noe strengere enn kriteriet velgrunnet frykt etter bokstav a).⁵² Proporsjonalitetsprinsippet⁵³ og faregradsprinsippet⁵⁴ tatt i betraktning, vil innvirke på fastleggelsen av terskelen, vil forskjellene i realiteten være små.

⁴⁹ Jf. Kapittel 5 og 6.

⁵⁰ Blant andre SP, EMK, TK

⁵¹ Vevstad (2010) side 151

⁵² Ot. prp (2006-2007) kapittel 5.3.5

⁵³ Jf kapittel 2.2.6

⁵⁴ Jf. kapittel 2.2.6

3.2 Rettsvirkninger

Det er to viktige rettsvirkninger av å anerkjennes som flyktning. For det første gir flyktningstatus rett på oppholdstillatelse, jf utlendingsloven § 28 (2), jf kapittel 7. For det andre er flyktninger vernet mot retur, jf utlendingsloven kapittel 9 § 73.

Førstegangs oppholdstillatelse gis midlertidig for minst ett år og inntil tre år av gangen, jf utlendingsloven § 28 (2) jf § 60. Tillatelsen gir blant annet rett til opphold i hele riket, rett til å ta arbeid, og danner grunnlag for permanent oppholdstillatelse, jf § 60 (3).

Returforbudet er festet i utlendingsloven § 73. Bestemmelsen er en norsk gjengivelse av flyktningkonvensjonens *non refoulement prinsipp*, jf artikkel 33, og innebærer at personer ikke kan returneres til et sted hvor de vil være i en situasjon som beskrives i § 28 (1) a). Det er to unntak fra regelen. Det første gjelder flyktninger som er utelukket fra beskyttelse etter utlendingsloven § 31, jf § 73 (1) a). Det andre gjelder flyktninger som er en fare for rikets sikkerhet eller det norske samfunn, jf § 73 (1) b). Personene beholder sin flyktningstatus, men er ikke omfattet av returvernet. Det absolutte returvern, unntaket for unntakene, følger av § 73 (2). En person kan likevel ikke sendes til område hvor den vil være i en situasjon som beskrevet i § 28 (1) b). Bestemmelsen tydeliggjør Norges forpliktelser etter EMK artikkel 3, SP artikkel 7 og TK artikkel 3 (1).⁵⁵

Vernebestemmelsen gjelder alle for alle former for vedtak etter loven, og er derfor ikke bare relatert til beskyttelsesreglene, jf § 73(4).

Returforbudet er den viktigste følge av flyktningstatus etter flyktningkonvensjonen og andre menneskerettigheter som verner mot utsendelse. Norsk lov går altså lenger ved å innvilge oppholdstillatelse, enn hva Norge er konvensjonsforpliktet til.

⁵⁵ Ot. prp (2006-2007) nr. 75 kapittel 5.3.1

Nærværende avhandling behandler de særlige problemstillingene som reiser seg i relasjon til beskyttelsesbehov som er tilknyttet identitetstrekket seksuell orientering. Derfor er flyktningkonvensjonen det relevante asylgrunnlaget. Før de enkelte asylkriterier behandles nærmere, belyses hvem som kan regnes for å falle inn under denne gruppe, jf nedenfor i kapittel 4.

4 Når regnes en søker for å være homofil

4.1 Bevistema

Før man skal vurdere om en person har rett på beskyttelse etter flyktningkonvensjonen, må det undersøkes om søkeren faktisk har det anførte asylgrunnlaget. Det må altså bevises at søkeren er homofil, eller vil bli oppfattet som homofil i hjemlandet. Det er også bevissspørsmål knyttet til vurderingen av om søkeren vil ha en velbegrunnet frykt for forfølgelse ved retur, på grunn av forhold i hjemlandet og hvordan søkeren vil leve ut sin legning. Prinsippene for beviser i hovedsak de samme. Vurderingstemaer i det følgende er altså hvilket faktum som skal legges til grunn for vurderingen, og hvilket krav til bevis som gjelder for asylsaker.

4.2 Fri bevisføring

Utgangspunktet for vurderingen er prinsippet om fri bevisføring, som innebærer at partene kan føre de bevis de ønsker.⁵⁶ I asylsaker er det begrenset hvilke bevis som er tilgjengelige. De aktuelle vil ofte være søkerens egen forklaring om sin seksuelle orientering og forholdene i hjemlandet, offentlige myndigheters informasjon om søkeren og situasjonen i hjemlandet, og vitneforklaringer om disse forhold. Det er et mål å opplyse saken best mulig for å legge korrekt faktum til grunn. Alle opplysninger om forhold som kan virke inn på grunnlaget for beskyttelsesvurderingen vil være relevante.

⁵⁶ NOU 2001:32 kapittel 16.1

Det er begrenset hvilke bevis det er mulig å føre i asylsaker. Personers seksuelle orientering er ikke synlig for andre, og er derfor vanskelig å skulle føre bevis for, om ikke legningen manifesterer seg i handlinger som sannsynliggjør forholdet. Bevisføring for at en person vil returneres til en forfølgelsessituasjon er også problematisk. Det er vanskelig å bevise noe som ligger i fremtiden.

4.3 Fri bevisvurdering

Retten foretar en fri bedømmelse av de fremlagte bevis ved avgjørelsen av hvilket faktum som skal legges til grunn.⁵⁷ Det kan være en vanskelig vurdering, fordi bevisene kan være motstridende, usikre eller mangelfulle. For eksempel kan det være slik at når en skal vurdere om en person er homofil, har man ofte bare søkerens egne forklaringer å forholde seg til. Søkerens generelle troverdighet er derfor ofte sentral i bevisvurderingen. Troverdigheten vil gjerne avhenge av om søkerens forklaringer om sin legning og retursituasjonen er upresise, overfladiske og skiftende, eller om forklaringene er detaljerte og sammenhengende.

I relasjon til vurderingen av søkerens anførsler om sin seksuelle orientering, kan det være relevant å holde disse opp mot hvordan søkeren lever i dag, om personen lever i et homofilt samliv eller deltar i homofile miljøer. Informasjon om at personen har søkt om oppholdstillatelse på flere ulike grunnlag, kan svekke forklaringen om at han er homofil, om ikke søkeren gir en plausibel forklaring. En plausibel forklaring kan være at erkjennelsen av sin seksuelle identitet kan for eksempel først ha kommet i senere tid.

Når det gjelder spørsmålet om søkerens forklaringer om retursituasjonen skal legges til grunn for vurderingen, vil det være slik at forklaringen vurderes opp mot generell informasjon som finnes om hjemlandet.

UNHCR⁵⁸ anbefaler at man ved vurderingen av bevisene bør ta hensyn til den vanskelige bevismessige situasjonen asylsøkere befinner seg i.

⁵⁷ Ot. prp (2006-2007) nr. 75 kapittel 5.2.3.4

⁵⁸ UNHCRs Håndbok punkt 197

4.4 Beviskrav

Det er videre et spørsmål om hvilke krav skal stilles til bevis for at et bestemt faktum skal kunne legges til grunn for asylvurderingen. På grunn av asylsakers vanskelige bevissituasjon, stilles krav om sannsynlighetsovervekt, som ellers gjelder i sivilprosessen. Kravet til bevis må tilpasses den konkrete situasjon og de mulighetene en søker har for å fremskaffe bevis.⁵⁹ Etter det fremlagte faktum kan det fortsatt være knyttet tvil til forklaringen. Dersom personen generelt vurderes som troverdig, skal eventuell tvil knyttet til forkaringen hans komme han til gode ved vurderingen av hvilke krav som skal stilles til bevis.⁶⁰ Krav til bevis må også sees i lys av hvilke overgrep personen vil kunne bli utsatt for, og hvor sannsynlig det er at de vil inntreffe.⁶¹ Dersom det er en reell risiko for å bli utsatt for alvorlige overgrep om det tas utgangspunkt i et anført faktum, kan det være grunn til å justere ned beviskravet.⁶²

Hvem som skal bære risikoen for av eventuell tvil knyttet til om beviskravet er oppfylt, vil også være avhengig av hvem som har bevisbyrden. Utgangspunktet er at det er den som søker om beskyttelse som skal bringe frem nødvendige opplysninger for å belyse saken, jf utlendingsloven § 93 (4) og forarbeider.⁶³ Det er videre et rettslig prinsipp at den som fremsetter et krav, har bevisbyrden.⁶⁴ Hva det kan forventes at søkeren fremskaffer av bevis, må vurderes konkret ut fra søkerens personlige forutsetninger og anførselens karakter.⁶⁵

Utlendingsmyndighetene har også et selvstendig ansvar for å opplyse saken. De skal innhente nødvendige og tilgjengelige opplysninger, jf utlendingsloven § 93 (5) jf forvaltningsloven § 17. Forvaltningens opplysningsplikt følger også av returforbudet,

⁵⁹ NOU 2004:20 kapittel 6.2.4.2 og Ot. prp (2006-2007) nr. 75 kapittel 5.2.3.4

⁶⁰ NOU 2004:20 kapittel 6.2.4.2.

⁶¹ Jf kap 9.2

⁶² NOU 2004:20 kapittel 6.2.4.2

⁶³ Ot. prp (2006-2007) nr. 75 kapittel 5.2.3.4

⁶⁴ UNHCR Håndbok, del II B punkt 196

⁶⁵ Ot. prp (2006-2007) nr. 75 kapittel 5.2.3.1

som forplikter Norge til å ikke sende mennesker tilbake til steder hvor de risikerer umenneskelig behandling. Det er norske myndigheter som har bevisbyrden for at det er trygt å returnere.⁶⁶

Bevisbyrden er således delt. Hvem som skal bære risikoen for tvilen, må avgjøres etter en vurdering av om det er mulig å oppklare tvilen, hvem som eventuelt har denne muligheten, og om den har forsøkt å belyse spørsmålene.

5 Nærmere om vilkåret "utlending i Norge"

Retten til anerkjennelse som flyktning gjelder for utlendinger som er i Norge eller på norsk grense, jf utlendingsloven § 28 (1). Hva som menes med utlending, og flyktningkonvensjonens stedlige virkeområde vil vurderes i det følgende.

Utlendinger som kommer til Norge, har rett til å søke om asyl. Retten er festet i FNs menneskerettighetserklæring artikkel 14 nr. 1:

"Enhver har rett til i andre land å søke og ta imot asyl mot forfølgelse."

Retten til å søke om anerkjennelse som flyktning og eventuell påfølgende beskyttelse gjelder for *utlendinger*, jf utlendingsloven § 28 (1). Med utlending menes i lovens sammenheng alle som ikke en som har norsk statsborgerskap, jf § 5 første ledd. At retten gjelder for personer utenfor sitt hjemland følger også av flyktningkonvensjonen, jf artikkel 1 A nr. 2. Det presisert i Håndboken⁶⁷ at dette er et krav uten unntak.

Plikten for norske myndigheter til å behandle søknader om asyl og eventuelt anerkjenne utlendinger som flyktninger, oppstår når utlendingen befinner seg i Norge, på grensen

⁶⁶ Ot. prp (2006-2007) nr. 75 kapittel 5.2.3.4

⁶⁷ UNHCRs håndbok punkt 88.

eller i riket, jf § 28 (1) jf § 6. Dette er også presisert i lovens forarbeider.⁶⁸ Således har norske myndigheter ikke plikt til å behandle asylsøknader fra utlendinger i utlandet.⁶⁹

En følge av Norges forpliktelser er at asylsøkere er unntatt for visumplikten for innreise i landet. Utlendinger som er på norsk grense må som hovedregel ha gyldige innreisepapirer for å slippe inn i landet, jf utlendingsloven § 9 (1) Personer som uttrykker et ønske om å søke om asyl eller det er noe som tyder på at personen er omfattet av vernet mot retur, har rett til å reise inn i landet uten visum, jf utlendingsloven § 9 (2).

Hva som regnes for å være norsk grense og territorium følger av de folkerettslige anerkjente landegrensene. Dette omfatter land, sjø og luftområder. Personer om bord i norskregistrerte skip eller fly antas i følge juridisk teori⁷⁰ å være omfattet av reglene når flyet eller skipet et i internasjonalt farvann/luftrom, og altså underlagt flaggstatens jurisdiksjon. Det samme gjelder for personer om bord i utenlandskregistrert fly eller skip som er på norsk flyplass eller innenfor norsk farvann.

Returforbudet⁷¹ gjelder ekstraterritorielt, noe som betyr at det ikke følger den territorielle begrensningen, og gjelder således alle former for Norges utøvelse av myndighet, uavhengig av territorium.

6 Nærmere om krav til beskyttelsesbehov

Flyktningkonvensjonen er et sekundært beskyttelsesinstrument.⁷² For å kunne gjøre retten til asyl gjeldende, er det derfor en forutsetning at utlendingen har behov for et

⁶⁸ Nou 2004:20 kapittel 16 side 391

⁶⁹ Utlendinger i utlandet med beskyttelsesbehov kan få innreisetillatelse som overføringsflyktning, jf utlendingsloven § 35.

⁷⁰ Vevstad (2010) side 173

⁷¹ Jf kapittel 3.2

⁷² Jf Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 415

annet lands beskyttelse. Det foreligger for det første et krav at må utlendingen ikke kunne påberope seg sitt hjemlands beskyttelse, og for det andre må faren for forfølgelse gjelde hele hjemlandet. Innholdet i kravene behandles i det følgende.

Utlendingen må altså være ute av stand til eller på grunn av frykt for forfølgelse å få beskyttelse av sitt hjemland, jf utlendingsloven § 28 (1) a), jf § 29 (3) c). Det kan være fordi hjemlandets myndigheter er utøver av forfølgelsen. Om det er andre aktører som er forfølger, er det et krav at myndighetene ikke evner eller har vilje til å tilby tilstrekkelig beskyttelse, og at den manglende beskyttelsen er relatert til søkerens konvensjonsbeskyttede identitetstrekk. Dette kriteriet ligger nært opp til vurderingstemaene velbegrunnet frykt for forfølgelse, som behandles nærmere i kapittel 8 og 9.

Videre må faren for forfølgelse gjelde hele hjemlandet, jf utlendingsloven § 28 (5). Dersom søkeren er utenfor fare i andre deler av landet enn den personen kom fra, har søkeren ikke et beskyttelsesbehov. Det er en forutsetning at det er praktisk mulig, trygt og ikke urimelig å henvise personen til å flytte til andre deler av landet.⁷³

For de som opplever forfølgelse på grunn av sin seksuelle orientering, er internflukt relevant i den forbindelse at forholdene i storbyene og på landsbygda vil ofte være svært ulike. Generelt vil det gjerne være tryggere å leve som homofil i store byer. Både fordi homofili gjerne er mer akseptert i storbyene, og fordi myndighetspersoner som kan tilby beskyttelse er nærmere og mer tilgjengelige.

⁷³ Jf Ot. prp. nr 75 (2006-2007) Nr 75 kapittel 5.4.4

7 Nærmere om kravet til konvensjonsgrunnlag

7.1 Kravet til årsakssammenheng

For å ha rett til anerkjennelse som flyktning etter flyktningkonvensjonen, må faren for overgrep være relatert til et konvensjons forfølgelsesgrunnlag. De identitetstrekk som er beskyttet av flyktningkonvensjonen er personers rase, religion, nasjonalitet, medlemskap i spesiell sosial gruppe, eller politiske oppfatning, jf § 28 (1) bokstav a). Disse fem grunnlagene for forfølgelse kalles gjerne ”forfølgelsesgrunnene” eller ”konvensjonsgrunnlagene”. Personer som er i fare for forfølgelse på grunn av sin seksuelle identitet er omfattet av konvensjonsgrunnlaget ”medlemskap i en spesiell sosial gruppe”. Hva som nærmere ligger i kravet til konvensjonsgrunnlag er vurderingstemaet videre i dette kapittel 7.1. Spørsmålet om hvordan det særlige forfølgelsesgrunnlaget seksuell identitet skal forstås i asylretten, blir vurdert i kapittel 7.2.

Konvensjonsgrunnlagene er nærmere beskrevet i utlendingsloven § 30. Bestemmelsen er inspirert av statusdirektivet artikkel 10, og er i overensstemmelse med UNHCRs definisjon.⁷⁴ Hensikten med å ta inn denne bestemmelsen var ikke å innskrenke definisjonene, meningen var å gi en tolkningsveiledning. Bestemmelsen ansees altså ikke for å være uttømmende.⁷⁵

Det er et krav om årsakssammenheng mellom forfølgelsen og konvensjonsgrunnlaget, jf utlendingsloven § 28 (1) a). Hvor strengt dette kravet er, har vært diskutert. Under høringsrunden til arbeidet med ny utlendingslov fremmet UDI et ønske om et mer tydelig krav om årsakssammenheng.⁷⁶ Departementet fant ikke dette ikke da det i tilstrekkelig grad fremgår av lovteksten.⁷⁷ Departementet mente videre at et strengere krav om årsakssammenheng, ville kunne utelukke tilfeller av masseforfølgelse, hvor

⁷⁴ Ot. prp. nr 75 (2006-2007) kapittel 5.2.1.4

⁷⁵ Ot prp nr 75 (2006-2007) kapittel 5.1.7

⁷⁶ Ot. prp. nr 75 (2006-2007) kapittel 5.2.1.3

⁷⁷ Ot. prp. nr 75 (2006-2007) side 80

vilkåret ikke nødvendigvis vil være oppfylt på individnivå, men hvor personer likevel blir forfulgt.⁷⁸

Det er ikke avgjørende om personen faktisk har en av karakteristikkene i utlendingsloven § 30, men at lenge den potensielle forfølgeren er av den oppfatning, og dette er motivasjonen for forfølgelsen, jf utlendingsloven § 30 (2).

Forfølgelsesgrunnlaget må være et relevant bidrag til forfølgelsen, men det kreves ikke en direkte påviselig sammenheng. Det kreves heller ikke at identitetstrekket er hovedgrunnen til forfølgelsen.⁷⁹

7.2 Nærmere om hva seksuell orientering er

Problemstillingen i dette underkapitlet er hvordan seksuell identitet forstås i asylretten. Jeg sikter ikke på å gå inn i den breide samfunnsdebatten om seksuell identitet og rettigheter, selv om denne har relevans for forståelsen av seksuell identitet i asylretten.

Det er fast praksis at personer som er i fare for forfølgelse på grunn av seksuell orientering faller inn under konvensjonsgrunnlaget ”medlem i en spesiell sosial gruppe”. Det fremkommer av utlendingslovens forarbeider⁸⁰ og i UNHCRs retningslinjer.⁸¹

En spesiell sosial gruppe defineres i utlendingsloven § 30 d) som:

”...en gruppe mennesker med et felles kjennetegn utover det å bli forfulgt, som oppfattes som en gruppe av samfunnet. Det felles kjennetegnet kan være iboende eller uforanderlig eller så grunnleggende for identitet, samvittighet eller utøvelse av menneskerettigheter at det ikke kan forventes at de skal oppgi den.”

⁷⁸ Ot. prp. nr 75 (2006-2007) kapittel 5.2.1.4

⁷⁹ Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity, punkt 28.

⁸⁰ Ot. prp (2006-2007) nr. 75 kapittel 5.2.1.1 og Nou 2004:20 kapittel 6.2.2.2

⁸¹ UNHCR Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity, punkt 8.

Seksuell orientering kan altså forstås som et slikt kjennetegn og seksuell orientering blir dermed plassert sentralt i menneskers identitet.

Seksuell identitet er en karakteristikk som kommer ulikt uttrykk hos ulike personer, fordi den manifesterer seg i handlinger eller utsagn. Måten man uttrykker seksuell orientering på, er ulik. Kulturelle forskjeller i denne sammenhengen kan være særlig relevante for vurderingen av de sakene som er tema i denne avhandlingen.

Hvordan man definerer seksuell identitet er i asylsammenheng avgjørende for forfølgelsesvurderingen.⁸² Norsk praksis har med utgangspunkt i et rundskriv fra departementet⁸³ operert med en forståelse seksuell identitet i hovedsak som seksuelle handlinger. I en dom fra lagmannsretten dom RG 2002 side 1259 kom også et slikt syn til uttrykk. Retten fant at homofile i prinsippet kunne rammes av strenge straffer i søkerens hjemland, men at sjansen for å bli rammet av disse var svært liten, fordi:

”Hva som skjer innenfor fire vegger, bryr myndighetene seg lite med.”⁸⁴

Dette er en antydning om at man oppfattet seksuell identitet som noe privat, noe som bare er knyttet til aktivitet som foregår bak lukkede dører. UDI vurderer i dag dette for å være en for snever forståelse, og har foreslått for departementet å innføre en definisjon som vil gi en bredere forståelse av hva seksuell identitet er, som de vil legge til grunn for sine vurderinger:

”En seksuell identitet kan ikke avgrenses til seksuelle handlinger, men omfatter alle de væremåter og overbevisninger som er knyttet til og grunnleggende for den enkeltes seksuelle identitet, jf. utlendingsloven § 30 første ledd bokstav d.”⁸⁵

Flere land lagt seg på en linje hvor man forstår seksuell legning som ikke noe som bare relaterer seg til seksuelle handlinger, men at dette er knyttet til personens identitet og

⁸² Jf kapittel 9.3.3

⁸³ Justisdepartementets rundskriv AI-2009-105

⁸⁴ RG 2002 1259 side 4

⁸⁵ UDIs praksisforeleggelse (2011) side 6

hvordan hun eller han velger å uttrykke sin legning.⁸⁶ I den britiske høyesterettsdommen fra 2010, beskrives en slik videre oppfattelse av hva seksuell identitet kan omfatte:

”In short, what is protected is the applicant’s right to live freely and openly as a gay man. That involves a wide spectrum of conduct, going well beyond conduct designed to attract sexual partners and maintain relationships with them. To illustrate the point with trivial stereotypical examples from British society: just as male heterosexuals are free to enjoy themselves playing rugby, drinking beer and talking about girls with their mates, seksuell orientering male homosexuals are to be free to enjoy themselves going to Kylie concerts, drinking exotically coloured cocktails and talking about boys with their straight female mates.”⁸⁷

En persons seksuelle identitet blir altså ansett nå som å omfatte noe mer enn seksuelle handlinger. I korthet kan man si at i stedet for å definere den seksuelle identiteten ut fra handlinger, behandler man dette som noe iboende i mennesket som resulterer i handlinger. En person defineres ikke som homofil fordi han utøver homoseksuelle handlinger, man utøver homoseksuelle handlinger fordi man er homofil.

Som nevnt over er definisjonen man opererer med avgjørende for forfølgelsesvurderingen. Så lenge homofili ble definert som seksuelle handlinger, ble det ikke oppfattet som at personen hadde et beskyttelsesbehov så lenge vedkommende vil ha mulighet til leve ut sin legning i det skjulte.

Når man nå oppfatter seksuell orientering som noe som angår hele personen eller identiteten, og for eksempel inkluderer retten til å danne meningsfulle kjærlighetsrelasjoner, en hverdag, et liv med en av samme kjønn, kan personer som ikke vil ha mulighet for å leve ut sin legning annet enn i det skjulte, kunne ha et beskyttelsesbehov.

⁸⁶ UNCHR's Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity, (2008) punkt 2.

⁸⁷ HJ (Iran) og HT (Cameroon) v Secretary of State for the Home Department (UKSC 31), 7. juli 2010, punkt 70

Det er umulig å definere allmenn gyldige kriterier for å bestemme når disse rettighetene ikke er ivaretatt. En viss grad av tilpasning til hjemlandets sosiokulturelle forhold må i tillegg kunne forventes. Det gjelder former for tilpasning er ikke så inngripende i et menneskes identitet at de kan utgjøre forfølgelse i konvensjonens forstand. Spørsmålet om når tilpasning til sosiokulturelle forhold kan utgjøre forfølgelse diskuteres i kapittel 8.2.

Det finnes eksempler på asylsøkere som knytter behovet for beskyttelse til homoseksuelle handlinger, og ikke til en vid forståelse seksuell identitet som beskrevet overfor. I følge UNE⁸⁸ anfører enkelte søkere at de ikke er homofile, de bare utøver homoseksuelle handlinger, og er derfor i fare for å bli forfulgt. Spørsmålet er da om seksuelle handlinger er tilstrekkelig for å tilfredsstille konvensjonsgrunnlaget.

Flyktningkonvensjonens formål er som sagt å beskytte identitetstrekk som er iboende, uforanderlige eller så grunnleggende for mennesker at de ikke kan forventes å oppgi dem. Spørsmålet er om seksuelle handlinger så grunnleggende for et menneske at det faller inn under ordlyden. Et mer prinsipielt spørsmål knyttet dette er det mulig å trekke et skille mellom handling og orientering. I enkelte kulturer opererer man ikke med begreper som heterofili, homofili eller bifili. I noen samfunn kan det være ganske mye homoseksuell aktivitet, men det er svært få personer som likevel vil definere seg som homofile.⁸⁹ Slike forskjeller i oppfatninger innebærer utfordringer for norske myndigheter. UNE trekker i sin praksis⁹⁰ et skille her. De som anfører å ikke være homofile av legning, er ikke omfattet av konvensjonsgrunnlaget.

Rent praktisk vil en slik situasjon kunne løses ved at personen gis beskyttelse fordi den potensielle forfølger oppfatter søkeren som homofil på grunn av sine handlinger. Det er som sagt ikke nødvendig at asylsøkeren faktisk tilfredsstiller konvensjonsgrunnlaget, det er tilstrekkelig forfølgers motivasjon kommer inn under konvensjonsgrunnlaget, jf utlendingsloven § 30 (2).

⁸⁸ UNEs praksisnotat av 25.5.2011 side 2

⁸⁹ Eidhamar (2911) side 129

⁹⁰ UNEs praksisnotat av 25.5.2011 side 2

Men dersom personen vil ha mulighet for å utøve handlingene i undergrunnsmiljøer i hjemlandet, uten fare for forfølgelse, vil ikke nødvendigvis kravet til velbegrunnet frykt⁹¹ være oppfylt.

Dersom man skulle konkludere med at søkeren ikke tilhører et konvensjonsgrunnlag, men er i fare for å bli utsatt for overgrep, vil vedkommende likevel kunne få beskyttelse etter § 28 (1) bokstav b).

Etter å ha beskrevet hva en i asylretten forbinder med seksuell identitet og de nyere endringene i disse vurderingene, skal jeg nå gå nærmere inn på spørsmålet om forfølgelse knyttet til seksuell orientering og om når kravet til beskyttelse kan sies å være oppfylt

8 Nærmere om kravet til forfølgelse

8.1 Generelt om begrepet forfølgelse

Utlendingsloven § 28 (1) a) gir rett til beskyttelse fra *forfølgelse*. Forfølgelse kan ta ulike former. I forbindelse med seksuell orientering er fysisk og psykisk vold, diskriminerende lovgivning og diskriminerende behandling av myndigheter særlig aktuelle former. Vurderingen av hva som skal gjelde som forfølgelse i disse sakene må være utledet av generelle kriterier for hva som gjelder som forfølgelse. Noen slike skal omtales i det følgende og skal kommenteres i forhold til særlige forhold som gjelder homofile i kapittel 8.2. Det vil være viktig å utdype at forfølgelse i asylretten oppfattes som et dynamisk begrep og at vurderingen av forfølgelse har både objektive og subjektive sider.

Som beskrevet over⁹² er det en forutsetning at personen ikke kan få tilfredsstillende beskyttelse mot forfølgelse i hjemlandet, og at det er et krav om årsaken til det har

⁹¹ Jf kapittel 9.

sammenheng konvensjonsgrunnlag. Det at myndigheters vilje eller evne til å gi beskyttelse er sviktende nettopp for den aktuelle gruppen.⁹³ Forfølgelsesbegrepet har altså et diskriminerende element.

Forfølgelse er beskrevet som handlinger som utgjør en alvorlig krenkelse av grunnleggende menneskerettigheter, jf utlendingsloven § 29. Begrepet er ikke nærmere definert verken i norsk eller internasjonal rett. I forarbeidene⁹⁴ er det lagt til grunn at det er praktisk vanskelig å angi en bestemt definisjon, samtidig som det kan være nyttig å ha et dynamisk begrep, slik at man kan fange opp utforutsette hendelser. Forfølgelsesbegrepet må altså tolkes i lys av menneskerettighetene, uten at det er noen absolutt kobling mellom menneskerettigheter og forfølgelsesbegrepet.⁹⁵

Alvorlig krenkelse av EMKs ufravikelige rettigheter vises det særlig til, jf § 29 (1) a), altså retten til liv, jf artikkel 2, forbudet mot tortur, jf artikkel 3, forbudet mot slaveri og tvangsarbeid, jf artikkel 4 og retten til å ikke straffes uten hjemmel i lov, jf artikkel 7. At krenkelsen må være *alvorlig* innebærer at ikke enhver krenkelse er å regne som forfølgelse.⁹⁶

Krenkelse av andre menneskerettigheter, enn de mest grunnleggende nevnt over, kan også utgjøre forfølgelse etter en konkret vurdering av den gitte situasjonen. Søkerens sinnstilstand og opplevelse av rettighetsbruddet tillegges da vekt. Forfølgelsesbegrepet har derfor en subjektiv side.⁹⁷

Videre kan også flere forskjellige tiltak som i seg selv ikke kan kvalifisere til forfølgelse, men til sammen ramme et menneske så hardt at han må anses for å være forfulgt, jf § 29 (1) b). En person som vil ha problemer ved retur som i utgangspunktet ikke kvalifiserer til forfølgelse, kan for eksempel vanskeligheter med å få bolig, arbeid,

⁹² Jf kapittel 6 og kapittel 7.

⁹³ Vevstad (2010) side 178

⁹⁴ NOU 2004:20 kapittel 6.2.3

⁹⁵ NOU 2004:20 kapittel 6.3.2

⁹⁶ Ot. prp nr. 75 (2006-2007) kapittel 5.2.2.4

⁹⁷ Ot. prp nr. 75 (2006-2007) kapittel 5.2.2.1

utdanning og helsetilbud, derfor på kumulativt grunnlag ansees for å være forfølgelse, fordi reaksjonene samlet sett gjør at personen ikke vil ha mulighet til å danne seg et livsgrunnlag.

På bakgrunn av at det ikke finnes et fast innhold i forfølgelsesbegrepet, og at det vil være påvirket av forhold med den enkelte søker, er utgangspunktet i norsk praksis at må det foretas en helhetsvurdering i hvert enkelt tilfelle av rettighetsbruddene er av en slik karakter at personer ikke kan forventes å tåle dem.⁹⁸ En vurdering som må ta inkludere alle sakens omstendigheter, hvor de objektive forhold sees i lys av søkerens opplevelse av reaksjonene.

8.2 Særlig om forfølgelse av homofile

I det følgende er det nevnt noen eksempler på overgrep som kan ramme mennesker på grunn av deres seksuelle orientering.

I enkelte kulturer vil homofile være i fare for å bli utsatt for æresdrap, eller andre grove voldshandlinger av sin egen familie. Retten til liv er absolutt, så dette vil klart utgjøre forfølgelse, jf § 29 (1) a).

Frihetsberøvelse i form av straffereaksjoner er ofte en anført form for forfølgelse i sakene om seksuell orientering. Det er derfor et spørsmål når straffereaksjoner kan kvalifisere til forfølgelse.

Rettsforfølgelse av lovbrudd er som utgangspunkt ikke omfattet av forfølgelsestermen i flyktningkonvensjonen,⁹⁹ men det finnes unntak. Strafferettslig forfølgelse av de angitte konvensjonsgrunnene, altså tilfeller hvor homofili eller homofile handlinger er straffebelagt, kan i seg selv være å regne som forfølgelse.¹⁰⁰ Det må avgrenses mot kortvarige fengslinger og avhør, som i utgangspunktet ikke er tilstrekkelig alvorlig. Hva

⁹⁸ NOU 2004:20 kapittel 6.2.3

⁹⁹ UNCHR Håndbok punkt 56.

¹⁰⁰ UNHCRs Håndbok punkt 57

som regnes for å være kortvarig er det ikke et bestemt svar på. UNE legger i sin praksis¹⁰¹ vekt på antall arrestasjoner, forholdene rundt disse, og faren for å bli utsatt for vold. Dersom straffen som er knyttet til lovbruddet er urimelig høy og ellers ikke er i overensstemmelse med de internasjonale menneskerettsstandardene for ”lovlig” straff, kan dette utgjøre forfølgelse. Eksistensen av slike straffereaksjoner er i seg selv ikke tilstrekkelig for å ha rett på beskyttelse, praktiseringen av loven må vurderes. Dette behandles nærmere under vilkåret om velbegrunnet frykt.¹⁰²

Homofili er fortsatt i mange samfunn ansett for å være noe unaturlig eller syndig, og i enkelte land er homofile av den grunn utsatt for en høyere risiko for vold, voldtekt eller tvang til seksuell omgang med personer av motsatt kjønn. Alvorlige voldshandlinger og voldtekt er forfølgelse. Om en voldshandling er alvorlig vil bero på omfang og grovhet, og det må trekkes en grense mot mindre alvorlige krenkelser. Den konkrete personens sårbarhet vil som følge av forfølgelsesbegrepets subjektive element ha innvirkning på hvor man skal legge terskelen.

Tvangsekteskap kjennetegnes ved at personer blir tvunget med vold og trusler til å inngå ekteskap mot sin vilje, og uten muligheter til å motsette seg dette. I følge forarbeidene¹⁰³ er tvangsekteskap en grov krenkelse av menneskers frihet, og utgjør forfølgelse. I denne sammenheng rammes homofile ekstra hardt.

Homofili ansees i enkelte samfunn eller av enkelte personer som en mental lidelse. Homofile kan bli utsatt for en type ”helbreding”, som i praksis går ut på tvinge noen til å endre sin fundamentale seksuelle orientering. Dersom dette skjer i form av institusjonalisering, elektrosjokk eller medisiner, kan det kvalifisere til forfølgelse. Dette selv om utøveren av disse handlingene gjøres det i ”beste hensikt”. Det er ikke et krav om at forfølgeren har ond vilje.

¹⁰¹ UNEs Praksisnotat av 09.10.09 side 3

¹⁰² Jf kapittel 9.2.2

¹⁰³ Jf NOU 2004:20 kapittel 6.9.2.6

En annen problemstilling er om det kan karakteriseres som forfølgelse når homofile opplever diskriminering og trakassering på grunn av sin legning. Med ”diskriminering” menes i denne sammenheng at man på grunn av sin seksuelle orientering stilles dårligere enn en andre i sammenliknbar situasjon, uten at det foreligger saklig grunn for forskjellsbehandlingen, mens med ”trakassering” menes det å bli utsatt for sjikanering eller ubehageligheter.

Utgangspunktet er at diskriminering og trakassering ikke utgjør forfølgelse.¹⁰⁴ Unntaket er for de tilfeller hvor grupper blir forskjellsbehandlet på en måte som medfører at de blir utsatt for vesentlig skade, jf utlendingsloven § 29 (1) b). Eksempler kan være at homofile ikke får mulighet til å tjene til livets opphold, eller de blir nektet helsehjelp på grunn av sin legning.¹⁰⁵ Homofiles situasjon må sees i sammenheng med samfunnsforholdene generelt, og hvilke begrensninger eller muligheter som faktisk finnes. Skal være tale om diskriminering, må det foreligge en forskjellsbehandling, og at den er tilknyttet personens seksuell orientering.¹⁰⁶

Indirekte diskriminering, altså at reglene er like for alle men praktiseringen av reglene er diskriminerende slik at homofile rammes hardere enn heterofile, kan utgjøre forfølgelse. Eksempel kan være samfunn hvor lovgivning og rettigheter er basert på ekteskapet mellom mann og kvinne som enhet, er kvinner ofte et påheng til mannen og har ingen egen mulighet for å kunne få et sted å bo alene, eller få jobb. Det kan i så å si være umulig for en lesbisk kvinne å overleve uten å gifte seg med en mann.¹⁰⁷

Det siste vurderingstemaet som skal trekkes frem i denne sammenheng, er om begrensninger i retten til privat- og familieliv, jf for eksempel EMK artikkel 8, kan kvalifisere til forfølgelse.

¹⁰⁴ UNHCR Håndbok punkt 54.

¹⁰⁵ UNHCR Håndbok punkt 54

¹⁰⁶ Jf også kapittel 8.1 om forfølgelsesbegrepets diskrimineringselement.

¹⁰⁷ UNCHR's Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity, punkt 15.

Utgangspunktet er at begrensninger i livsutfoldelse som har grunn i at et land har et annet sosialt, kulturelt og religiøst samfunnssyn enn det som er gjeldende i europeiske land, vil normalt ikke utgjør forfølgelse. Man kan forvente at personer tilpasser seg normer som gjelder generelt i samfunnet. Dersom restriksjoner for utfoldelsen i det offentlige rom, gjelder både for heterofile og homofile, kvalifiserer dette ikke forfølgelse.¹⁰⁸

Tilpasningskravet gjelder med modifikasjoner. For det første må de faktiske virkningene av disse restriksjonene vurderes, som beskrevet over i relasjon til indirekte diskriminering.

For det andre må det foretas en vurdering av hvor sterkt restriksjonene begrenser den enkeltes livsutfoldelse. Det kan ikke forventes en tilpasning som vil innebære en sterk integritetskrenkelse.¹⁰⁹ Hva som vil være integritetskrenkende må vurderes konkret i forhold til den enkelte søkeren. Dette vil også kunne variere med hvordan menneskerettigheter tolkes, og hvilke som til enhver tid anses som sentrale. Som beskrevet i kapittel 7, har synet på hva seksuell identitet omfatter endret seg, og er stadig under utvikling. Hvilke restriksjoner som blir ansett for å være tålelige er derfor ikke nødvendigvis de samme til enhver tid.

Hvilke reaksjoner man møter ved brudd på normene er videre av sentral betydning. Homofile har ingen plikt til å leve diskret i forhold til sin legning for å unngå forfølgelse. Dette behandles videre i kapittel 9.3.2.

¹⁰⁸ Justisdepartementets rundskriv AI-2009-105 punkt 3.2

¹⁰⁹ Justisdepartementets rundskriv AI-2009-105 punkt 3.1

9 Nærmere om kravet til velbegrunnet frykt

9.1 Innledning

Dersom det følger av vurderingen av retursituasjonen at homofile som lever åpent om sin legning risikerer forfølgelse, må man vurdere sannsynligheten for at reaksjonene vil inntreffe er tilstrekkelig stor. Hvilke generelle krav som stilles til risiko behandles i kapittel 9.2. Hvordan personer uttrykker sin seksuelle identitet varierer, og livsførselen vil ofte virke inn på risikoen for å bli utsatt for forfølgelse. Dette behandles i kapittel 9.3. Sentralt i denne vurderingen er spørsmål om personer har plikt til å unngå forfølgelse leve ut sin legning diskret, og hvilken betydning det har for beskyttelsesbehovet at en person vil skjule sin seksuelle identitet for å unngå forfølgelse.

9.2 Risikokravet

9.2.1 Tilstrekkelig faregrad

For at en utlending skal ha krav på beskyttelse må personen har en *velbegrunnet frykt* for at forfølgelse vil inntreffe ved retur til hjemlandet, jf utlendingsloven § 28 (1) bokstav a). Vurderingstemaet er hvor stor faren må være for å bli utsatt for forfølgelse som kreves for at søkeren skal ha et beskyttelsesbehov. Risikokriteriet reiser også spørsmål i forhold til hvilket beviskrav som gjelder for hvilken fremtidig situasjon man skal legge til grunn. Dette spørsmålet er behandlet i kapittel 4, og det kommenteres også i kapittel 9.4.

Vurderingen av om en person har en velbegrunnet frykt for forfølgelse er fremtidsrettet. Dette følger både av en språklig forståelse av termen, og av beskyttelsesreglenes formål. Det betyr at tidligere erfart forfølgelse ikke er tilstrekkelig grunnlag for å ha et beskyttelsesbehov, så lenge det ikke er fare for nye overgrep. Betydningen av tidligere erfart forfølgelse behandles videre nedenfor i kapittel 9.2.2.

Det er situasjonen på vedtakstidspunktet som er utgangspunktet for denne vurderingen.¹¹⁰ Det betyr at om en persons beskyttelsesbehov faller bort, forhold i hjemlandet kan for eksempel ha endret seg, vil den ikke ha krav på asyl.

I norsk rett er asylrelevant risiko altså definert som velbegrunnet frykt. Ordet ”frykt” viser til en følelse eller en sinnstilstand knyttet til den enkelte person og den situasjon. Også denne vurderingen har altså et subjektivt element.¹¹¹

Opplevelse av frykt alene er ikke tilstrekkelig, frykten må være *velbegrunnet*, og i det ligger et objektivt element.¹¹² Det tilsier at frykten må være reell, og konkret. Det betyr at søkerens anførsler ikke må stride imot annen tilgjengelig informasjon om forholdene i hjemlandet. Det kreves altså noe mer enn en fjern, usannsynlig, søkt eller mulig grunn for frykten. Håndboken beskriver den kvalifiserende frykten som rimelig.¹¹³ Søkerens situasjon må altså vurderes som tilstrekkelig alvorlig.¹¹⁴

Terskelen for asylrelevant risiko ligger lavere enn en 50 % sjanse for at forfølgelse inntreffer.¹¹⁵ Terskelen for risikovurderingen må i følge faregradsprinsippet fastsettes slik at flyktningkonvensjonens formål ivaretas.¹¹⁶ Siden personers beskyttelsesbehov vil variere med den enkelte søkers forhold, er det ikke mulig å fastsette en mer bestemt grense for hva som er tilstrekkelig fare. Når frykten synes fjern og overdrevet etter en vurdering av de objektive faremomenter skulle virke fjerne og usannsynlige, er det derfor relevant å vurdere om den forsterkede frykten har gode grunner.¹¹⁷ Slike grunner kan for eksempel være at søkeren er ung, syk, eller ekstra sårbar på grunn av tidligere erfaringer.

¹¹⁰ Ot. prp (2006-2007) nr. 75 kapittel 5.2.3.4 og Rt 2012 side 139

¹¹¹ UNHCRs håndbok punkt 37

¹¹² NOU 2004:20 kapittel 6.2.4.3

¹¹³ UNHCRs håndbok punkt 41.

¹¹⁴ NOU 2004:20 kapittel 6.2.4.3

¹¹⁵ NOU 2004:20 kapittel 6.2.4.3 og Ot. prp (2006-2007) nr. 75 kapittel 5.2.3.4

¹¹⁶ Vevstad (2010) side 162

¹¹⁷ NOU 2004:20 kapittel 6.2.4.3 og Ot. prp (2006-2007) nr. 75 kapittel 5.2.3.4

I tillegg må kravet til faregraden sees i lys av hvor alvorlige overgrep søkeren risikerer å bli utsatt for. I henhold til proporsjonalitetsprinsippet¹¹⁸ må kravet justeres i forhold til overgrepenes alvor. Tatt i betraktning de viktige individinteresser som står på spill, kan også faregrad lavere enn 10 % i tilfeller være tilstrekkelig.¹¹⁹

Det må altså foretas en konkret vurdering av den enkelte søkers person og retursituasjon, tatt i betraktning både objektive og subjektive forholdene.

9.2.2 En helhetlig og konkret vurdering

I det følgende behandles mer konkrete forhold som spiller inn ved vurderingen av om søkeren har en velbegrunnet frykt for forfølgelse, og samspillet mellom objektive og subjektive forhold.

En undersøkelse av de generelle forholdene for homofile i søkerens hjemland, er gjerne utgangspunktet for vurderingen. Situasjonen i hele landet, storby og landsby er relevant. Dersom søkeren kan få beskyttelse i andre deler av landet enn sitt opprinnelige bosted, har den ikke rettskrav på beskyttelse i Norge.¹²⁰ Utlendingsmyndighetene støtter seg på opplysninger fra Landinfo. Landinfo er et forvaltningsorgan som har som oppgave å utarbeide rapporter om blant annet politiske forhold, menneskerettighetssituasjonen, og sosiale, kulturelle og økonomiske forhold i ulike land.

Videre vurderes de generelle menneskerettighetsforhold i søkerens hjemland.

Innbyggere og myndigheters holdninger til homofili kan også være veiledende for hvordan situasjonen er. Om det finnes homofile miljøer eller interesseorganisasjoner i hjemlandet, kan være relevant, og kan være et moment som peker i retning av at det ikke er fare for forfølgelse i hjemlandet. Det at interesseorganisasjoner for homofile er tillatt av myndighetene, er i seg selv er ikke avgjørende for å slå fast at det ikke er fare for forfølgelse. I de land hvor myndighetene hevder å gi homofile beskyttelse mot

¹¹⁸ Jf kapittel 2.2.5

¹¹⁹ NOU 2004:20 kapittel 6.2.4.3

¹²⁰ Jf kapittel 6

overgrep, er det nødvendig å vurdere myndighetenes evner å faktisk gi beskyttelse, og de har vilje til det.

Dersom homofili eller homofile handlinger er belagt med lange eller på andre måter skadelige straffer, må håndhevelsen og anvendelsen av disse lovene vurderes for å avgjøre risikoen for å bli rammet av disse. I følge UNEs Praksisnotat¹²¹ er Sri Lanka, Syria, Libanon og Bangladesh eksempler på land hvor homofil praksis er forbudt, men hvor det ikke er kjent at bestemmelsene anvendes. Homofile anses derfor generelt ikke for å være i fare for å bli rammet av lovverket.

De generelle forholdene må sammenholdes med de individuelle forhold knyttet til den konkrete søkeren. Dersom generelle forhold tilsier at homofile vil være i fare for forfølgelse, kan det være forhold med den konkrete søkeren som gjør at den likevel ikke vil være utsatt. Søkeren ønsker for eksempel å skjule sin legning. Selv om de generelle forholdene i landet tilsier at søkeren ikke vil være utsatt for forfølgelse, må det vurderes om det foreligger forhold som likevel tilsier at personen er i en reell fare.

Slike forhold kan være at søkeren på en eller annen måte er kommet i myndighetenes søkelys, og derfor er mer utsatt enn andre homofile. Et annet forhold kan være at søkerens familie eller hjemsted har tradisjon for æresdrap, selv om dette ikke er akseptert etter landets lov.

Tidligere erfart forfølgelse på grunn av sin legning er som nevnt tidligere ikke vilkår for å ha rett på beskyttelse, men det er heller ikke et tilstrekkelig grunnlag for å få beskyttelse. Det kan likevel være en indikasjon for at forfølgelse vil inntre igjen,¹²² men man må vurdere om hendelsen eller hendelsene er å anse som enkeltstående, eller om de er uttrykk for en systematikk. Utgangspunktet i norsk rett er at det er en objektiv vurdering som legges til grunn, men at utlendingsloven og flyktningkonvensjonen ikke er til hinder for at man kan vektlegge at personen er særlig sårbar på grunn av tidligere forfølgelse, og derfor senke risikoterskelen.¹²³

¹²¹ UNEs Praksisnotat av 25.05.2011 kapittel 3.2

¹²² Bunæs (2004) side 203.

¹²³ Ot. prp nr. 75 (2006-2007) side 88.

Faregraden vil ofte være påvirket søkerens adferd ved retur. Den kan enten forsterkes, eller bortfalle. Dette er neste kapitels tema.

9.3 Nærmere om endringer i risikovurderingen i relasjon til homofile

9.3.1 Innledende om endringene

Når det er fastslått at søkeren er homofil, og at det er en tilstrekkelig stor risiko for homofile som lever åpent om sin legning vil være utsatt for forfølgelse, så er det sentrale vurderingsmomentet hvordan søkeren vil leve ved retur, og hvilken betydning den forventede levemåten har for beskyttelsesbehovet. Det har skjedd en utvikling i norsk rett når det gjelder synet på hvordan en skal tilnærme seg dette vurderingsmomentet, for å sikre at forpliktelser etter flyktningkonvensjonen er ivaretatt.

I en lagmannsrettsdom fra 27.07.2011 (LB-2010-147688) gjaldt spørsmålet om en person fra Irak hadde en velbegrunnet frykt for forfølgelse på grunn av sin seksuelle identitet. Det var klart at homofile hvis legning er kjent i Irak, er i en reell fare for å bli utsatt for forfølgelse. Det avgjørende for lagmannsretten var om det var kjent i hjemlandet at søkeren var homofil. Lagmannsretten la til grunn at den seksuelle identiteten ikke var kjent, og at man regnet med at søkeren ved retur ville innrette sin livsførsel slik at han unngikk forfølgelse, og derfor ikke oppfylte vilkårene for asyl.

Asylsøkeren anket dommen, med den begrunnelse at lagmannsretten hadde lagt en feil forståelse av beskyttelsesreglene til grunn for avgjørelsen sin. Han hevdet at det hadde pågått en rettsutvikling i forståelsen av hvordan man skal behandle kriteriet om velbegrunnet frykt. Asylsøkeren viste til en vurderingsmetode som han mente var nødvendig å følge for å ivareta forpliktelsene etter flyktningkonvensjonen, presentert i den britiske høyesterettsdommen, *HJ (Iran) og HT (Cameroon) v Secretary of State for the Home Department (UKSC 31)* ”av 7. juli 2010 i dommens punkt 82.

I følge den britiske dommen, må rettsanvender etter å ha funnet at søkeren er homofil, og at homofile som lever åpent om sin seksuelle orientering risikerer forfølgelse i

hjemlandet, vurdere hvordan søkeren vil komme til å leve ved retur. Om vedkommende vil være åpen om sin seksuelle orientering, skal søknaden innvilges, selv om forfølgelse kunne vært unngått ved å leve diskret. Dersom søkeren vil skjule sin legning, må det vurderes hva som er årsaken til dette. Dersom det er for å unngå reaksjoner som ikke faller inn under forfølgelsesbegrepet, skal søknad avslås. Om det er frykt for forfølgelse, skal søknaden innvilges. For tilfeller hvor årsaken til at søkeren vil skjule sin legning har flere grunner, må kravet til at det er frykt for forfølgelse som gir rett til innvilgelse ikke forstås så strengt at det i tilfeller faktisk vil returnere personer med en reell frykt for forfølgelse.

I Høyesteretts avgjørelse HR-2012-00667-A, ble lagmannsrettens dom opphevet. På bakgrunn av en tolkning av flyktningkonvensjonens ordlyd og formål, samt statspraksis kom Høyesterett frem til at tilnærmingen som kom til uttrykk i den britiske høyesterettsdommen i det vesentlige reflekterte hvordan flyktningkonvensjonen må forstås. Når lagmannsretten ikke hadde vurdert hva som var årsaken til at søkeren ville skjule sin seksuelle identitet ved retur, var rettsanvendelse uriktig.

Kapitlene som følger tar hensyn til Høyesteretts forståelse av tilnærmingen til vurderingstemaet velbegrunnet frykt for forfølgelse. Hvilket utgangspunkt for vurderingen man skal legge til grunn, behandles i kapittel 9.3.2. Spørsmålet om myndighetene kan regne med at personer skjuler sin seksuelle identitet for å unngå forfølgelse, behandles i kapittel 9.3.3. Spørsmålet om hvilken betydning det har for beskyttelsesbehovet at en person skjuler sin seksuelle identitet, helt eller delvis begrunnet i frykt for forfølgelse, behandles i kapittel 9.3.4.

9.3.2 Hvordan søkeren vil leve ved retur

Ved vurderingen av retursituasjonen tok man i norsk rett inntil nylig utgangspunkt i at asylsøkere som risikerer forfølgelse på grunn av sin legning ville tilpasse seg hjemlandets sosiokulturelle forhold, om ikke man hadde holdepunkter for noe annet. Det videre vurderingstemaet var om en slik begrensning i livsutfoldelsen var av en slik karakter at det vil kunne vurderes som forfølgelse. I lagmannsretts dom LB-2010-147688 heter det:

”Det kan ikke legges til grunn at hans homofili er kjent på hjemstedet. Med sitt kjennskap til hjemlandets sosiokulturelle normer må han forutsettes å ville innrette sin livsførsel slik at han unngår forfølgelse for sin seksuelle legnings skyld.”¹²⁴

Kulturell tilpasning som innebærer å skjule sin seksuelle identitet har ikke tidligere vært stilt som et krav, men det har blitt lagt til grunn når man ikke har hatt konkrete holdepunkter for noe annet. Det kan stilles spørsmål ved om norske myndigheter ivaretok sine forpliktelser etter flyktningkonvensjonen ved å ha et slikt utgangspunkt for sine asylvurderinger. En praksis som i noen tilfeller fører til at personer mot sin egen vilje må skjule sin legning for å unngå forfølgelse, kan være i strid med flyktningkonvensjonen. Derfor bør myndighetene i stedet undersøke hvordan søkeren vil komme til å leve ved retur. Det skal altså ikke legges til grunn for vurderingen at søkeren vil tilpasse seg de kulturelle normene.¹²⁵

Dersom man finner det sannsynlig at søkeren vil leve åpent som homofil, og derfor risikerer forfølgelse, vil vedkommende ha rett på beskyttelse, jf utlendingsloven § 28 (1) a). De videre vurderingstema som følger dersom man finner at søkeren vil skjule sin seksuelle identitet, behandles i kapittel 9.3.4. Først vurderes her betydningen av at en person kan unngå forfølgelse ved å leve diskret.

9.3.3 Spørsmål om det er plikt til å leve diskret for å unngå forfølgelse

Det er et spørsmål om hvilken betydning det har for beskyttelsesbehovet at søkeren kan unngå forfølgelse ved å leve ut sin seksuelle identitet på en diskret måte. Norsk praksis¹²⁶ har i denne sammenhengen tidligere vurdert om det å skjule sin legning er en begrensning for den enkelte personen som var så integritetskrenkende, at begrensningen kvalifiserte til forfølgelse.

¹²⁴ LB-2010-147688 side 7

¹²⁵ HR-2012-00667-A, premiss 57

¹²⁶ LB-2010-147688 side 7

Flyktningkonvensjonens formål er å gi beskyttelse til personer som er utsatt for overgrep på grunn av fundamentale identitetstrekk. Asylsøkeres beskyttelsesbehov og rett opphører altså ikke selv om de kan unngå forfølgelse ved å oppgi eller skjule sin seksuelle identitet. Det er altså ikke slik at norske myndigheter kan forvente at homofile endrer sin væremåte og på den måten unngår forfølgelse.¹²⁷ En annen forståelse ville være en undergravelse av flyktningkonvensjonen:

”To pretend that it (ulik seksuell orientering) does not exist, or that the behaviour by which it manifests itself can be suppressed, is to deny the members of this group their fundamental right to be what they are”¹²⁸

”it is unacceptable as being inconsistent with the underlying purpose of the Convention since it involves the applicant denying or hiding precisely the innate characteristic which forms the basis of his claim of persecution”¹²⁹

UNHCR har i sine retningslinjer¹³⁰ gitt uttrykk for en lik forståelse av om myndighetene kan forvente at søkeren skal forsøke å unngå forfølgelse:

“A person cannot be expected or required by the State to change or conceal his or her identity in order to avoid persecution(...). There is no duty to be “discreet” or to take certain steps to avoid persecution, such as living a life of isolation, or refraining from having intimate relationships.”

Tilsvarende forståelse legges til grunn i det svenske *Migrationsverkets retningslinjer om seksuell legning* av 13.01.2011:

”Migrationsverket får i sin bedömning inte kräva att den person som gör sannolikt att han vid ett återvändande offentligt visar sin sexuella läggning istället väljer ett diskret levnadssätt.”¹³¹

¹²⁷ HR-2012-00667-A, premiss 37

¹²⁸ HJ (Iran) og HT (Cameroon) v Secretary of State for the Home Department (UKSC 31) av 7. juli 2010, premiss 11

¹²⁹ HJ (Iran) og HT (Cameroon) v Secretary of State for the Home Department (UKSC 31) ”av 7. juli 2010, premiss 76

¹³⁰ UNCHR's Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity, 2008, punkt 25

¹³¹ Migrationsverkets retningslinjer om seksuell legning av 13.01.2011 side 1

Disse tekstene formulerer en forståelse der det er klart at flyktningkonvensjonen ordlyd og formål tilsier at en flyktnings rett på beskyttelse ikke opphører når vedkommende kan unngå forfølgelse ved å tilpasse sin adferd.

Høyesterett konkluderte således at en slik tolkning også må legges til grunn i norsk rett, og at det derfor altså ikke kan forutsettes ved vurderinger av asylsøknader at personer ved retur vil tilpasse sin adferd og unngå forfølgelse.¹³² Det må foretas en konkret vurdering av hvordan personen vil komme til å oppføre seg.

Hvordan flyktningkonvensjonen skal forstås i situasjoner der asylsøkeren selv ønsker å skjule sin seksuelle identitet, er tema for neste kapittel.

9.3.4 Søkeren ønsker selv å skjule seksuelle identitet

Dersom søkerens seksuelle identitet allerede er kjent på hjemstedet, og forfølgelsesrisikoen er tilstede uavhengig av søkerens adferd ved retur, vil man ikke behøve å vurdere dette nærmere. Da er kravet til velbegrunnet frykt tilfredstilt. Når den seksuell orientering ikke er kjent, eller i de tilfeller hvor man ikke er i fare så lenge handlingen ikke manifesterer seg i menneskelige relasjoner og handlinger, må den forventede adferden som nevnt vurderes konkret, og om svaret er at søkeren vil leve åpent om sin legning, skal søknaden innvilges. Om en person som vil komme til å skjule sin seksuelle orientering kan ha et beskyttelseskrav, behandles i det følgende.

Flyktningkonvensjonens ordlyd, formål og det faktum at det ikke kan forventes diskret livsførsel, tilsier at man må vurdere hva som er årsaken til at personen vil skjule sin seksuelle identitet ved retur.¹³³

Årsaken til hemmeligholdet er frykt for forfølgelse

Dersom årsaken er at søkeren frykter forfølgelse, har den et beskyttelsesbehov etter flyktningkonvensjonen. Hvis årsaken derimot er at søkeren ønsker å unngå sosial

¹³² HR-2012-00667-A, premiss 37

¹³³ HR-2012-00667-A, premiss 38

stigmatisering eller andre reaksjoner som ikke faller inn under forfølgelsesbegrepet, har søkeren ikke et beskyttelsesbehov. Flyktningskonvensjonens formål er ikke å forbedre situasjonen for homofile i land hvor disse er diskriminert, men å gi vern mot forfølgelse på grunn av den seksuelle orienteringen. En slik forståelse støttes i den britiske høyesterettsdommen:

”If, on the other hand, the tribunal concludes that the applicant would in fact live discreetly and so avoid persecution, it must go on to ask itself why he would do so. If the tribunal concludes that the applicant would choose to live discreetly simply because that was how he himself would wish to live, or because of social pressures, e.g., not wanting to distress his parents or embarrass his friends, then his application should be rejected. (...) If, on the other hand, the tribunal concludes that a material reason for the applicant living discreetly on his return would be a fear of the persecution which would follow if he were to live openly as a gay man, then, other things being equal, his application should be accepted”.¹³⁴

Det samme gjelder svensk praksis:

”Om personen själv anför att han/hon kommer att välja ett diskret levnadssätt vid ett eventuellt återvändande är den avgörande frågan vad orsaken till detta val är. Om orsaken är att det är så han/hon önskar att leva eller att det beror på grund av socialt tryck ska ansökan avslås. Om – å andra sidan – orsaken är att han/hon riskerar en konkret skyddsgrundande förföljelse ska detta godtas.”¹³⁵

Flyktningskonvensjonen må altså tolkes slik at personer som skjuler sin seksuelle identitet på grunn av frykt for forfølgelse, har et krav på beskyttelse, jf utlendingsloven § 28 (1) bokstav a).¹³⁶

Årsaken til hemmeligholdet er sammensatt

Det er videre et spørsmål om søkere som ønsker å skjule sin seksuelle identitet av flere grunner enn frykt for forfølgelse har rett til beskyttelse etter flyktningskonvensjonen.

¹³⁴ HJ (Iran) og HT (Cameroon) v Secretary of State for the Home Department (UKSC 31), 7. juli 2010 punkt 82

¹³⁵ Migrationsverkets retningslinjer om seksuell legning av 13.01.2011 side 1

¹³⁶ HR-2012-00667-A, premiss 39

Årsaken kan delvis være frykt for forfølgelse og delvis være at vedkommende ikke ønsker reaksjoner som for eksempel sosial fordømmelse.

Flyktningkonvensjonens ordlyd og formål gir ingen klare føringer for hvordan disse tilfellene skal behandles. For at en slik forståelse skal anses for å være gjeldende folkerett, og derfor legges til grunn også for norsk rettsanvendelse, jf utlendingsloven § 3, må den ha støtte i andre tolkningsfaktorer. Det er da relevant å se hen til statspraksis, jf Wien-konvensjonen om traktatretten artikkel 31 (3) nr 3 og UNCHRs forståelse.

Spørsmålet ble diskutert i den britiske høyesterettsdommen:

”If, on the other hand, the tribunal concludes that a material reason for the applicant living discreetly on his return would be a fear of the persecution which would follow if he were to live openly as a gay man, then, other things being equal, his application should be accepted”¹³⁷

”Would the existence of these other reasons make a crucial difference? In my view it would not. A Jew would not lose the protection of the Convention because, in addition to suffering state persecution, he might also be subject to casual, social anti-semitism. Similarly, a gay man who was not only persecuted by the state, but also made the butt of casual jokes at work, would not lose the protection of the Convention.”¹³⁸

I den britiske høyesterettsdommen sies det også at spørsmålet kan spesifiseres videre ved å spørre om søkeren kan anses som flyktning etter konvensjonen i de tilfeller der realiteten er at om han ble returnert til sitt hjemland, i tillegg til andre grunner til å leve diskret, ville måtte oppføre seg diskret for å unngå forfølgelse på grunn av sin homoseksualitet. Det er britisk høyesteretts forståelse at også ved et sammensatt årsaksbilde, kan en person ha krav på beskyttelse, om frykten for forfølgelse er den vesentlige av årsakene.

¹³⁷ HJ (Iran) og HT (Cameroon) v Secretary of State for the Home Department (UKSC 31), 7. juli 2010 punkt Punkt 82

¹³⁸ HJ (Iran) og HT (Cameroon) v Secretary of State for the Home Department (UKSC 31), 7. juli 2010 punkt Punkt 62

I vurderingen av om en slik forståelse også skal legges til grunn i norsk rett, ser Høyesterett i 2012-dommen hen til om en slik forståelse er utbredt i flere konvensjonsland.¹³⁹ Både i Finland og Sverige har praksis lagt seg på metoden for vurderingen av asylsaker som ble presentert i den britiske dommen. Men det finnes ingen klare retningslinjer for vurderingen av de tilfellene hvor grunnlaget for å skjule legningen sin er sammensatt. Fransk og nederlandsk praksis er ikke i samsvar med premissene uttrykt i den britiske dommen.¹⁴⁰

En viss støtte for å forstå flyktningkonvensjonen som at også personer med et sammensatt årsaksgrunnlag kan ha et beskyttelsesbehov, finnes i Håndbokens beskrivelse av hva man skal ta hensyn til når man vurderer om en person ha en velbegrunnet frykt:

*”...med andre ord, alt som kan tjene til å vise at det dominerende motivet for hans søknad er frykt.”*¹⁴¹

Frykten for forfølgelse må være dominerende, noe som kan tolkes slik at det ikke behøver å være det eneste grunnlaget for frykten.

Høyesterett vurderer rettskildebildet slik at metoden som den britiske dommen legger opp til, ikke er etablert som fast praksis blant konvensjonslandene, men at det finnes tegn på en pågående utvikling som går i denne retningen. Det er videre et ønske fra UDI om at denne forståelsen skal legges til grunn i norsk rett. UDI har foreslått at når frykt for forfølgelse er den *sentrale* årsaken til at en søker ikke vil leve ut sin seksuelle identitet, skal vilkårene for beskyttelse være oppfylt.¹⁴²

¹³⁹ HR-2012-00667-A, premiss 43

¹⁴⁰ HR-2012-00667-A, premiss 44-49

¹⁴¹ UNCHR's håndbok punkt 41

¹⁴² UDIs praksisforeleggelse side 4

Høyesterett konkluderer med at personer som har en sammensatt grunn for å skjule sin seksuelle identitet, og har en reell grunn til å frykte forfølgelse, skal gis asyl når frykten er den sentrale årsaken for hemmeligholdet.¹⁴³

9.4 Sammenfatning av prosedyren

Høyesteretts tolkning av flyktningkonvensjonen tilsa at det er nødvendig med en bestemt tilnærming dersom de myndighetene skal ivareta sine forpliktelser etter flyktningkonvensjonen. En slik tilnærming bygger på en skisse med følgende elementer:¹⁴⁴

Først må en vurdere om søkeren virkelig er homofil. Deretter må det undersøkes om homofile som er åpne om sin legning er utsatt for forfølgelse i søkerens hjemland. Når dette er slått fast skal det ikke legges til grunn for vurderingen at asylsøkeren vil tilpasse måten vedkommende lever ut sin seksuelle identitet til hjemlandets sosiokulturelle normer. Det som må vurderes er hvordan vedkommende ville leve ved eventuell retur. Dersom søkeren ville leve åpent om sin seksuelle identitet, har personen en velbegrunnet frykt for forfølgelse. Det gjelder selv om forfølgelse kunne vært unngått ved å tilpasse adferden til sosiokulturelle normer. Dersom søkeren ville skjule sin seksuelle identitet, må årsaken til det vurderes. Dersom årsaken er frykt for forfølgelse, er vilkåret om velbegrunnet frykt for forfølgelse oppfylt. Hvis derimot årsaken gjelder andre forhold som ikke kvalifiserer til forfølgelse, skal søknaden avslås. Når årsaken er sammensatt, skal søknaden innvilges om frykt for forfølgelse er den sentrale grunnen til at den seksuelle identiteten holdes skjult, når vedkommende ellers har en reell frykt for forfølgelse.

¹⁴³ HR-2012-00667-A, premiss 58

¹⁴⁴ HR-2012-00667-A, premiss 57

10 Avsluttende betraktninger om årsaker og virkninger av endringen

Utviklingen i kriteriet velbegrunnet frykt kan muligens ha grunnlag i den videre forståelsen av seksuell identitet som nå legges til grunn for forståelsen av hva som krenker grunnleggende menneskerettigheter. Med et syn på seksuell identitet begrenset til seksuelle handlinger, og altså kun et privat anliggende, har tilpasningen til de sosiokulturelle forholdene i landet blitt behandlet for enkelt. Tilpasningen har ikke blitt regnet for å være så inngripende i et menneskes liv. Men den nye forståelsen av hva seksuell identitet er, kan tilpasningen prege svært mange aspekter i et menneskes liv. Flyktningkonvensjonen er dynamisk i sin karakter, slik at innholdet skal tolkes i tidens lys og tilpasses i forhold til det. Når synet på retten til livsutfoldelse i samsvar med en seksuell orientering er endret, er det nødvendig å tilpasse de vilkår flyktningkonvensjonen oppstiller, slik at konvensjonens formål hele tiden ivaretas.

Høyesterettsdommen fra 2012 legger altså til grunn en ny tilnærming i til spørsmålet om velbegrunnet frykt for forfølgelse. Man kan spekulere i hvilke virkninger den vil ha. Vurderingen av om den seksuelle identiteten er kjent i hjemlandet, vil kanskje få mindre plass. Videre synes det å være mange åpne spørsmål, men spørsmål der en kanskje ikke er tjent med generelle retningslinjer, men der en gjennom vurdering og behandling av konkrete saker utvikler en praksis som blir retningsgivende.

Hvilken fremtidige situasjon som skal legges til grunn for vurderingen må avgjøres ut fra en konkret sannsynlighetsvurdering. Utgangspunktet må tas i søkerens egen forklaring, og denne må holdes opp mot annen informasjon i saken. Momenter av relevans er, også i denne sammenheng, alle som kan belyse søkerens behov for beskyttelse. Det kan være forhold som hvordan søkeren har levd tidligere, hvordan han eller hun lever nå, søkerens egne refleksjoner rundt sin seksuelle identitet og vitneutsagn. De generelle kriteriene for bevisvurdering i asylsaker som ble presentert over, gjelder også i denne sammenheng. Derfor er det de anførselene som er mest sannsynlige som skal legges til grunn for vurderingen, uten at det er krav om

sannsynlighetsovervekt. Søkerens generelle troverdighet vil spille en sentral rolle i denne sammenheng. Behovet for beskyttelse mot forfølgelse på grunn av seksuell orientering har sikkert reelt sett lenge vært det samme, men vurderingen av behovene for beskyttelse er endret i norsk og internasjonal asylrett. Disse endringene kan sees som nødvendige for fortsatt å ivareta flyktningkonvensjonens intensjoner.

11 Litteraturliste

Bøker

Bunæs, Runa, Kvigne, Kristin Ottesen og Vandvik, Bjørn *Utlendingsrett*. Oslo, 2004

Eckhoff, Torstein og Helgesen, Jan E. *Rettskildelære*. 5. utgave. Oslo 2001

Ruud, Morten og Ulfstein, Geir *Innføring i folkerett*, 3. utgave, Oslo, 2006.

Vevstad, Vigdis. *Utlendingsloven, kommentarutgave*. Oslo, 2010.

Eidhamar, Levi. Mannlig samkjønnet seksualitet i muslimske samfunn. Kulturelle praksiser kontra normative idealer, i Langås, Unni og Leer-Salvesen, Paul. *Til rette ektefolk. Holdninger til homofili og ekteskap*. Kristiansand, 2011, side 123-141

Lovgivning

1814 Kongeriget Norges Grundlov (Grunnloven) av 17.5.1814

1967 Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10.2.1967

1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 5. mai 1999 nr. 30

2008 Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) av 15. mai 2008 nr. 35

Traktater og erklæringer

FNs Menneskerettighetserklæring	FNs verdenserklæring om menneskerettigheter, 10. desember 1948
Wien-konvensjonen	Wien-konvensjonen om traktatretten, Wien 23. mai 1969
EMK	Den europeiske menneskerettskonvensjonen, Roma 1950
Flyktningkonvensjonen	FNs konvensjon om flyktningers stilling, Geneve 1951.
Tilleggsprotokoll av 1967	Protocol relating to the Status og Refugees, New York, 1967.
UNCHRs statutter	Statue of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, resolution 428 (V) of 1950
SP	FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter. New York, 1966
BK	FNs konvensjon om barnets rettigheter av New York 1989
TK	FNs konvensjon mot tortur og annen grusom, umenneskelig og fornedrende behandling eller straff, New York 1984
KK	FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner, New York 1979, med tilleggsprotokoll 6. oktober 1999.

ICJ statutter

Statute of the International Court of Justice, av 26.
juni 1946

EU-direktiver, forordninger og avtaler

EP/Rdir 94/22 EØF

Rådets direktiv om fastsettelse af
minimumsstandarder for anerkendelse af
tredjelandstatsborgere eller statsløse som
flygtninge eller som personer, der af anden grund
behøver international beskyttelse, og indholdet af
en sådan beskyttelse, 29. april 2004
(Statusdirektivet).

343/2003/EF

Rådets forordning (EF) Nr. 343/2003 om
fastsettelse af kriterier og procedurer til afgørelse
af, hvilken medlemsstat der er ansvarlig for
behandlingen af en asylansøgning, der er indgivet
af en tredjelandstatsborger i en af
medlemsstaterne af 18. februar 2003 (Dublin II
forordningen)

Forarbejder

NOU 2004:20

Ny utlendingslov

NOU 2001: 32

Rett på sak. Lov om tvisteløsning (tvisteloven)

Ot. prp nr. 75 (2006-2007)

Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold
her (utlendingsloven)

Innst. O. nr. 42 (2007-2008)

Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold
her (utlendingsloven)

Norske rettsavgjørelser

2012-03-29. HR-2012-00667-A

RG 2002 1259

LB-2002-1351

LB-2010-147688

Utenlandske rettsavgjørelser

Supreme Court of the United Kingdom: “HJ (Iran) og HT (Cameroon) v Secretary of State for the Home Department (UKSC 31)”, 7. juli 2010.

Offentlige publikasjoner og dokumenter

UDIs praksisforeleggelse etter utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a) – velbegrunnet frykt for forfølgelse på grunn av seksuell orientering og kjønnsidentitet. (10/1145-8/ELS.) Oslo, 02.09.2011

Justisdepartementets retningslinjer for kjønnsbasert forfølgelse, AI-2009-105, av 1. januar 2010

UNEs praksisnotat, *Praksis i UNE - homofili*, av 25.05.2011

<http://www.une.no/Praksis2/Notater/Praksis-i-UNE---homofili/> 23.04.2012

UNEs praksisnotat, *Kravet til forfølgelsens art og omfang – terskelen* av 9.10.2009

<http://www.une.no/Praksis2/Notater/Kravet-til-forfolgelsens-art-og-omfang--terskelen/> 23.04.2012

UNEs praksisbase:

<http://www.une.no/Praksis2/Praksisbase/> 23.04.2012

Internasjonale retningslinjer

Håndboken Handbook on Procedures and the Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, UAT-UNHCR-1992-01-01, Geneva, 1992.

UNCHRs Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity, N-UNHCR-2008-11-21, Geneve, 21 november 2008

UNHCR Guidelines on International Protection No 2: "Membership of a particular social group" within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status og Refugees. 7. May 2002

Det svenske Migrationsverket: *Rättschefens rättsliga ställningstagande angående metod för utredning och prövning av den framåtsyftande risken för personer som åberopar skyddsskäl på grund av sexuell läggning*, RCI 03/2011 den 13.01.2011

